جلد ثاني من شرح التنبيه لابن يونس

صح

الجلد الثاني من شرح التنبيه لابن يونس عدد ٢٢

ايا صوفيه
١٢١٨

٢٢٢

يارا قدر

[illegible] بالمرو المذهب انه نطالب واته [illegible]

مسلة من يتساوى [illegible]

قال القرضي عشرة [illegible] احدهما من [illegible]

[illegible] فبعد [illegible] لابد من [illegible] ولو

[illegible] وذبيعه او غيرها صح والله اعلم

فرع

[illegible] الناد ثم قال اشهدوا

[illegible] فقال اشهدوا بما اسمه

[illegible] فرع الجارية المغنية [illegible] تساوى

[illegible] قال المحمودي بالطلاق والاودني بالصحة [illegible]

[illegible] الاصح فيه الا [illegible]

[illegible] صح قطعا وتكون الخلاف [illegible]

[illegible] قال النووي [illegible] مع الشطرنج [illegible]

[illegible] الشطرنج فالشطرنج [illegible]

[illegible] قولان الصحيح لا [illegible]

[illegible] مع الحال الزمن الذي [illegible]

[illegible] الزمن بلا خلاف [illegible]

[illegible] اداء ما ت ويجوز [illegible]

فرع اداء اجاعه [illegible]

[illegible] والانفع [illegible]

فرع لو ادعى رجل انه تزوج [illegible]

[illegible] الولي والشهود لا [illegible]

[illegible]

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين

خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي محمود خان

وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد وتعلم واستفاد

حرره الفقير أحمد شيخ زاده المفتش بأوقاف

الحرمين الشريفين غفر لهما

كتاب شرح تنبيه

١٢١٨

بسم الله الرحمن الرحيم اللهم عونك

كتاب النكاح

وهو في اللغه عباره عن الضم يقال تناكحت الاشجار اذا انضم بعضها الى بعض
واطلق على الوطي لاستماله على الضم وفي الشرع اطلق على العقد لافضايه الى
الضم و اطلق على الوطي ايضا الا ان استعماله في العقد اكثر قال من جاز له
النكاح من الرجال وهو جايز التصرف فان كان غير محتاج اليه كره له ان يتزوج اي تركه
اولى لقوله عليه السلام خير الناس بعد المايتين الخفيف الحاذ قيل يا رسول الله وما
الخفيف الحاذ قال الذي لا اهل له ولا ولد يقال رجل خفيف الحاذ اذا كان قليل لحم
الفخذين وكانه وزان قول القايل فلان خفيف الظهر وقيل هو مستحب فان تاقت نفسه
اولم تتق لقوله عليه السلام تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم وان كان محتاجا اليه
اي وقدر على المهر والنفقه استحب له ان يتزوج لقوله عليه السلام يا معشر الشباب
من استطاع منكم الباه فليتزوج فانه اغض للبصر واحصن للفرج لان المراد من قدر على
اسباب النكاح بدليل اخر الخبر ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجا اي قاطع
والاولى ان لا يزيد على امراه واحده لحصول المقصود بها وهو مخير بين ان يعقد
بنفسه وبين ان يوكل من يعقده له لان التوكيل في قبول النكاح جايز وكل رسول
الله صلى الله عليه وسلم عمرو بن اميه الضمري في قبول نكاح ام حبيبه وينكاح
الوكيل ان يعين الموكل فيقول قبلنا النكاح لفلان لان اعيان الزوجين مقصود في
النكاح فاشبه العوض في البيع فلو عين الولي واطلق الوكيل القبول فوجهان ولا
يجوز ان يقبل العقد لنفسه لانه اذا لم يملك ذلك في حق نفسه لم يملكه في حق غيره
وان وكل عبدا فقد قيل يجوز لانه يملك القبول لنفسه باذن سيده فملكه باذن سيده
وموكله كالبيع فعلى هذا الحر ... له سيده لم يجز على احد الوجهين قال وقيل
لا يجوز لانه لا يصلح ان يكون وكيلا في الايجاب فلا يكون وكيلا في القبول كالصبي
... الى نكاح اي امراه شا... ففي صحته وجهان والمستحب ان لا يتزوج ...

فاشبهت المجوسيه ويحرم على المسلم نكاح الامه الكتابيه اي حرا كان او عبدا لانهما
ان كانت لكافر استرق ولده وان كانت لمسلم لم يومن ان يبيعها من كافر فيسترق
ولده وقيل ان كان عبدا حل له نكاح الامه الكتابيه ويحرم على الحر نكاح الامه المسلمه
الا ان يخاف العنت وهو الزنا واصل العنت المشقه يقال عقال كمه عنوت اي شاقه
وقيل المراد به في الايه الهلاك على تقدير الزنا قال ولا يجد صداق حره لقوله
تعالى فمن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الى قوله ذلك لمن خشي العنت منكم
وان وجد حره مسلمه ترضى بدون مهر المثل او بمهر موجل او وجد صداق حره
كتابيه او ما يشتري به جاريه فهل يحل له نكاح الامه فيه وجهان وان تزوج من حل له
نكاحها ثم وجد صداق حره لم يبطل النكاح خلافا للمزني واعلم ان اكثر الاصحاب
ذكروا شروطا اخر في تزويج الحر نكاح الامه لم يذكرها المصنف فهو ان لا يكون
تحته حره قال ابن الصباغ لا حاجه الى هذا الشرط لانه اذا كان تحته حره وهو
لا يخاف العنت اللهم الا ان يكون بحيث لا توطي كالصغيره ونحوه يجوز له نكاح الامه
وغيره ذكرنا انه لو كان تحته حره صغيره او معيبه او كتابيه هل يجوز له نكاح الامه
فيه وجهان واما العبد المسلم فيجوز له نكاح الامه وان قدر على نكاح الحره اذ لا ضرر
عليه في استرقاق ولده خلاف الحر ولذلك لا يجوز الجمع بين الحره والامه فان جمع
بين حره وامه اي الحر ففيه قولان احدهما يبطل النكاح فيهما والثاني يصح في الحره
ويبطل في الامه لما عرف في تفريق الصفقه وهل يجب لها مهر المثل او بقسطه
من المسمى فيه قولان ويحرم على الرجل نكاح جاريه ابنه لانه لا يجب عليه الحد
بوطيها فاشبهت الجاريه المشتركه وقيل اذا قلنا لا يجب على الابن اعفاف ابيه و لا
يكون الاب موسرا بيساره ولا تثبت حرمه الاستيلاد بوطي جاريه الابن جاز له ان
ينكحها قال ... ونكاح جاريته ويحرم على العبد نكاح مولاته لتناقض احكام
الملك والنكاح فان تزوج جاريه اجنبي ثم اشتراها انفسخ النكاح لقوه ملك اليمين
... ما سبق وان اشتراها ابنه فقد قيل ينفسخ لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل

بحاله بذلك وان تزوج الحره بعبد ثم اشترته انفسخ النكاح لما سبق ويحرم الملاعنه
على من لاعنها والمطلقه ثلثا على من طلقها لما سياتي ان شا الله ويحرم على الرجل نكاح
المحرمه لما سبق والمعتده من غيره دفعا لاختلاط المياه ويكره له نكاح المرتابه بالحمل
اي التي اعتدت ثم ارتابت امارات الحمل مثل ارتفاع البطن او حركه في البطن مع وجود الدم
وتشككت هل هو حمل ام لا لانه لا يومن ان يكون حاملا فان تزوجها فقد قيل يصح وهو
الصحيح لانا حكمنا بانقضا العده فلا ينقضه ما لشك كما لو حدثت الريبه بعد النكاح فعلى
هذا لو اتت بولد لدون سته اشهر من حين عقد النكاح انفسخ النكاح قال وقيل لا يصح
كما لو حدثت الريبه في اثنا العده ويحرم على الحر ان يجمع بين اكثر من اربع نسوه لقوله
صلى الله عليه وسلم لغيلان الثقفي وقد اسلم على عشر نسوه امسك اربعا منهن
وفارق سايرهن وله ان يطا بملك اليمين ما شا لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ولو نكح
خمسا بطل النكاح فيهن ولو كان فيهن اختان بطل العقد فيهما وفي الباقيه قولا تفريق
الصفقه ويحرم على العبد ان يجمع بين اكثر من امراتين خلافا لابي ثور لنا ما روي
عن الحكم بن عتيبه انه قال اجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان
العبد لا ينكح اكثر من اثنتين

فصل

ولا يصح نكاح الشغار
وهو ان يزوج الرجل ابنته من رجل على ان يزوجه ذلك وليته ويكون بضع كل
واحده منهما صداقا للاخرى وقال القفال يصح ما لم يصرح به وجهما انعقد
لك نكاح ابنتي فقد انعقد لي نكاح ابنتك ثم اذا ضمه اليه فحينئذ بطل لوجود التعليق
اذ هو المراد من الشغار ماخوذ من قولهم شغرت الكلبه برجلها اي لا ترفع رجل
ابنتي ما لم ارفع رجل ابنتك وللمذهب الاول لما روى ابن عمر ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن الشغار وفسر الشغار بنحو ما قلناه ولو قال زوجتك ابنتي
على ان تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحده منهما مع عشره دراهم صداقا للاخرى
فالمذهب ان النكاح باطل لانه وجد التشريك في البضع وقيل لا يبطل لانه ليس
بشغار اذ الشغار هو الخالي عن المهر ماخوذ من قولهم شغر البلد اذا خلا وهنا

لم يخل عن المهر قال ولا يصح نكاح العبد على ان تكون رقبته صداقا للمراه
لاقتران النكاح بما يضاده لو ثبت ولا نكاح المتعه وهو ان يتزوجها الى مده
خلافا للشيعه لانه نهى عنه صلى الله عليه عام خيبر وسمي نكاح المتعه لانه عقد
وضع للاستمتاع خاصه فلا يتعلق به الطلاق ولا الظهار ولا الارث ولا عده وفاه
فان وطي في نكاح المتعه ولم يكن شيعيا وجب عليه الحد على احد الوجهين قال
ولا نكاح المحلل وهو ان ينكحها ليحلها للزوج الاول اي شرط في العقد ذلك وكذا لو
شرط انه اذا وطيها فلا نكاح بينهما لانه نكاح شرط فيه قطعه دون غايته فبطل كنكاح
المتعه فان عقد ذلك ولم يشترط في العقد كره لما فيه من الدناه ولم يفسد العقد
لخلوه عن المفسد وقيل يفسد لانه شرطه قبل العقد وان تزوجها على انه اذا احلها
طلقها ففيه قولان احدهما انه يبطل لما سبق والثاني لا يبطل لان النكاح مطلق
وانما شرط قطعه بالطلاق فلغى الشرط وصح العقد فعلى هذا يجب مهر المثل وعلى
الاول لو وطيها هل يحصل به الاحلال فيه قولان احدهما نعم فعلى هذا من اصحابنا
من قال التحليل وطي في نكاح فاسد ومنهم من قال يختص بهذه المسله قال
وان تزوج بشرط الخيار اي في النكاح فالعقد باطل لانه لا مدخل للخيار فيه فابطل
لمنافاته اما لو شرط الخيار في الصداق خاصه ففيه اقوال الثالث وهو
الصحيح انه يصح النكاح ويفسد الصداق فان تزوج وشرط عليه ان لا يطاها
بطل العقد لانه شرط ينافي مقصود العقد فابطله وقيل ان شرط ترك الوطي
اهل الزوج بطل العقد لما ذكرناه وان كان الشرط من بطل العقد لانه
شرط ترك ما له تركه وحكى الخراسانيون وجها ثالثا انه لا يبطل العقد مطلقا
وان تزوج على ان لا ينفق عليها او لا يبيت عندها او لا يتسرى عليها او لا
يسافر بها او لا يقسم لها بطل الشرط لانه يخالف موجب العقد ولم يبطل النكاح
لانه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع ويبطل المسمى لبطلان ما قصد معه
من بعض المسايل انما هو في جمله مقابله في باقي المسايل ووجب مهر المثل دفعا

للضرر قال المصنف وقيل ان شرط الوطي اهل الزوجه بطل العقد وهذا
وجه في مسله شرط ترك الوطي على ما بيناه ولعل ذكره هاهنا سهو من الناسخ واذا
طلقت المراه ثلثا او توفي عنها زوجها فاعتدت منه حرم التصريح بخطبتها اي في
العده ولا يحرم التعريض لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبه النسا
نفي الحرج عن التعريض فدل على تحقيقه في التصريح وحكى الخراسانيون قولا اخر
ان المطلقه ثلثا لا يجوز التعريض بخطبتها والتصريح ما لا يحتمل غير النكاح مثل ان يقول
رب راغب فيك او انت جميله او اذا حللت فاذنيني او ذكر النكاح وابهم الخاطب
وان خالعها زوجها فاعتدت منه لم يحرم على زوجها التصريح بخطبتها لانتفا التهمه
اذ له نكاحها في العده ويحرم على غيره اي التصريح بخطبتها في العده للتهمه وفي
التعريض قولان احدهما يحرم لان للزوج ان يملك استحلالها في العده فاشبهت
الرجعيه والثاني لا يحرم لانها بابن فاشبهت المطلقه ثلثا ويحرم على الرجل ان
يخطب على خطبه اخيه اذا صرح لها بالاجابه اي من جهه الولي ان كانت مجبره او من
جهه المراه ان كانت غير مجبره الا ان ياذن له الاول لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى ان يخطب الرجل على خطبه اخيه حتى يترك الخاطب الاول او ياذن له فيخطب
قال فان خالف وتزوج صح العقد لان النهي لمعنى في غير العقد فلم يمنع
صحته كما لو عقد في وقت تضيقت عليه الصلوه فيه فان عرض له بالاجابه
مثل ان يقول ما انت الا رضى وما بك عيب ففيه قولان اصحهما انه لا يحرم
خطبتها لانه لم يصرح له بالاجابه فاشبه ما لو سكت عنه والثاني انه يحرم لعموم الخبر
وقال الخراسانيون هل يكون السكوت كالاجابه فيه قولان ٥

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

اذا وجد احد الزوجين بالاخر جنونا او جذاما او برصا ثبت له الخيار لان النبي
صلى الله عليه وسلم تزوج امراه فراى بكشحها بياضا فقال لها الحقي باهلك

اما لك الكشح بشين معجمه وحاء غير معجمه هو الجنب فثبت بالبرص بالنص
وفي الباقي بالقياس عليه وان وجد احدهما الاخر خنثى اي له فرج الرجال
وفرج النسا وهو غير مشكل الحال ففيه قولان احدهما انه يثبت له الخيار لان
النفس تعافه فاشبه البرص والثاني لا يثبت الخيار لانه يمكن معه الوطي من غير
خوف ضرر وقيل ان انكشف الحال بعلامه فلا خيار وان كان بالاقرار فله الخيار
وقيل ان انكشف بعلامه محسوسه كالحمل فلا خيار والا ثبت الخيار وان وجد الزوج
بالمراه رتقا او قرنا ثبت له الخيار وان وجدت المراه زوجها عنينا او مجبوبا اي صار
بحيث لا يمكنه ان يغيب من الذكر بعد القطع في الفرج بقدر الحشفه ثبت لها الخيار
بالقياس على البرص الرتق بتشديد الرا وفتح التا ان يكون الفرج ملتحما
ليس فيه مدخل للذكر ولو طلب الزوج ان يشق الفرج كل بيده ليتمكن من الوطي
لم تجبر المراه على ذلك ولو فعلت المراه ذلك فلا خيار له واما القرن بتسكين الرا
فقد قال الشافعي رضي الله عنه انه عظم يكون في الفرج يمنع من الوطي وقال
غيره ان العظم لا يكون في الفرج وانما هو لحم ينبت فيه يسمى العفل بالفا قال
وان وجدته خصيا او مسلولا ففيه قولان اصحهما انه لا خيار لها والثاني لها
الخيار وتعليلها ما سبق قال في المستظهري الخصي الذي قلبت انثياه والمسلول
الذي اخذت انثياه وقال غيره الخصي الذي قطعت انثياه مع وعايهما والمسلول
من اخرجت انثياه مع ترك وعايهما وقال بعض الخراسانيين يثبت الخيار بالبخر والصنان
والعيوط الذي لا يقبل العلاج وقال بعضهم يثبت الخيار بكل عيب
يكسر سوره التوقان والمشهور انه لا يثبت الا بالعيوب السبع
قال وان حدث العيب بالزوج كان لها ان تفسخ دفعا للضرر
الا العنه بعد الوطي فلا خيار لها لانه لا خلافا لابي ثور وان حدث بالزوجه ففيه
قولان اصحهما ان له الفسخ كالزوج والثاني لا لانه لم يوجد منها
تلبيس وهو قادر على الخلاص بالطلاق وان وجد احدهما بالاخر عيبا من هذه

العيوب وبه مثله فقد قيل ينفسخ لان الانسان يعاف من غيره ما لا
يعاف من نفسه وقيل لا ينفسخ لاستوائهما في النقص ولا يصح الفسخ
بهذه العيوب الا على الفور لانه خيار عيب فكان على الفور كما في البيع
وفيه وجه انه على الخلاف في العتق وليس بشي واعلم انا لا نعني بان
الفسخ يكون على الفور بل نريد به ان المطالبة به والرفع الى الحاكم يكون
على الفور ولا يجوز الا بالحاكم لانه مختلف فيه قال الشيخ ابو حامد
وليس لاحد الزوجين ان يتولى الفسخ بحال وقيل اذا اتفق الزوجان على
العيب وتراضيا على الفسخ جاز من غير حاكم وقال ابن الصباغ
اذا رفع الامر الى الحاكم فهو بالخيار بين ان يفسخ بنفسه وبين ان يفسخ باذنها
قال ومتى وقع الفسخ فان كان قبل الدخول سقط المهر لانه اما من جهتها
او يستند الى تدليسها فسقط المهر عملا بقضية الفسخ في ترادّ العوضين
وان كان بعده نظرت فان كان بعيب حدث بعد الوطي وجب المسمّى وان كان
بعيب حدث قبل الوطي سقط المسمّى ووجب مهر المثل لانه اذا احدث بعد الوطي
فقد حدث بعد استقرار المهر فلا يغيره واذا احدث قبل الوطي فقد حدث
قبل استقرار المسمّى فاذا فسخ ارتفع من اصله فصار كالوطي بالشبهة وكذا لو كان
مقارنا للعقد وقيل يجب المسمّى مطلقا وقيل يجب مهر المثل مطلقا قال وهل
يرجع به اي بالمهر الذي غرمه على من غرّه فيه قولان احدهما يغرم كما لو غرّ بحرية
امة وغرم قيمة الولد فعلى هذا ان كان الولي ممن يحل له النظر اليها رجع عليه علم
بالعيب او لم يعلم لتفريطه وان كان ممن لا يحل له النظر اليها فان علم رجع
عليه والا يرجع على المراة وقيل لا رجوع على الولي الا اذا كان مجبرا والثاني
وهو الجديد انه لا يرجع لانه استوفى بدله اذ المهر يجب في مقابلة ما استحل
من الفرج بالنص وليس لولي الحرة ولا لسيد الامة ولا لولي الطفل ان يزوج
المولى عليه ممن به هذه العيوب لما فيه من الضرر فان خالف وزوج

فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المراة من غير كفو فان ارادت الحرة ان تتزوج بمجنون
كان للولي منعها لما فيه من العار وان ارادت ان تتزوج بمجبوب او عنين لم يكن له
منعها لان ضرره لا يلحق الاولياء فان ارادت ان تتزوج بمجذوم او ابرص فقد قيل
له منعها لان هذا يتعدى الى النسل فيلحقهم العار بذلك وقيل ليس له منعها
كما لو ارادت ان تتزوج بمجبوب وان حدث العيب بالزوج ورضيت به المراة لم يجبرها
الولي على الفسخ اذ لا عار عليهم في العيب الحادث بدليل العرف العام ٥

فصل

وان اختلف الزوجان في التعنين فادعته المراة وانكر
الزوج فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر سلامته وسلامة العقد وان
نكل عن اليمين رددنا اليمين على المراة وقيل يقضى عليه بالنكول وعلى قول لا
تثبت العنة الا باقراره فحسب فلو رددنا اليمين عليها فلم تحلف فوجهان اصحهما
انه يجعل القول قوله والثاني يجعل القول قولها العنين اسم للرجل العاجز عن
المباشرة واشتقاقه من العنة وهو اسم الموضع الذي تحبس فيه الابل فسمي
العاجز عن المباشرة عنينا لانه احبس عليه المباشرة ومنه سمي عنان الدابة
عنانا لانه يمنع الدابة عن مرادها قال وان اقر بالعنة اجل سنة
روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اجل العنين سنة وعن علي وعبد الله والمغيرة
ابن شعبة رضي الله عنهم نحوه قال من يوم المرافعة لانه مختلف فيه
فافتقر الى حكم الحاكم فان جامعها وادناه ان يغيب الحشفة في الفرج سقطت
المدة لان احكام الوطي تتعلق به ولا تتعلق بما دونه وان ادعى انه وطيها وهي
ثيب فالقول قوله مع يمينه لانه يتعذر عليه البينة والاصل بقاء النكاح وان
كانت بكرا اي فشهد اربع من القوابل بان بكارتها متحققة فالقول قولها مع
يمينها لان الظاهر معها وانما حلفناها لاحتمال صدقه بان يكون قد وطيها
ولم يبالغ فعادت العذرة وان اختارت المقام معه قبل انقضاء الاجل لم يسقط
خيارها على المنصوص لانها رضيت باسقاط حقها قبل ثبوته فلم يسقط وقيل

انه يسقط لرضاها وان جب بعض ذكره وبقي ما يمكن الجماع به فادعى انه يمكنه
الجماع به وانكرت المراة اي قالت به ضعف يمنعه من الوطي فقد قيل القول
قوله كما لو اختلفا في ذكر قصير وقيل القول قولها لان الذكر اذا قطع بعضه
ضعف فكان الظاهر معها فان ثبت عجزه باعترافه او ببينتها مع نكوله فقد قال
الشيخ ابو حامد تثبت لها الخيار في الحال وقال ابو الطيب يضرب له المده وهو
الاقيس قال ... وان اختلفا في العذر البليه هل يمكن الجماع فالقول قول المراه
لان الاصل عدم الجماع هكذا قال الشيخ ابو حامد وقال ابن الصباغ ينبغي ان لا يرجع
في ذلك اليها بل يعرف ذلك بصغره وكبره كما لو ادعى انه مجبوب فانكر ذلك
قال ... في التتمه ولو جبت المراه ذكر زوجها ثبت لها الخيار على اصح الوجهين
قال وان تزوج امراه وشرط انه حر فخرج عبدا فهل يصح النكاح فيه قولان
احدهما انه باطل لان النكاح ليس بعقد معاوضه وانما يعتمد على الاسماء والانساب
فاذا بان الخلف في الوصف كان كما لو وجد غير من بعينه بصفه كما لو قالت
للولي زوجني من زيد فزوجها من عمرو والثاني انه يصح ويثبت لها الخيار وهو
الصحيح كما في نظيره في البيع فان اختارت الفسخ بعد الدخول وجب لها مهر المثل
واين يجب فيه ثلثه اقوال احدها في كسبه والثاني يتعلق برقبته والثالث يتعلق
بذمته يتبع به اذا عتق قال ... وان شرط انها حره فخرجت امه وهو ممن
تحل له نكاح الامه ففيه قولان اصحهما انه له الخيار لما ذكرناه والثاني لا لامكان
الطلاق وهذا ضعيف لانه يستفيد بالفسخ سقوط جميع الصداق اذا كان
قبل الدخول وقيل ان كان الزوج عبدا فلا خيار له قولا واحدا لانه مثلها في
الحكم وهكذا الحكم لو كانت الزوجه امه في المساله الاولى والاول اصح لان عليه
ضررا لم يرض به وهو رق الولد وان كان قد دخل بها اي قبل العلم برقها
وقلنا ان النكاح باطل او قلنا انه يصح وله الخيار فاختار الفسخ لزمه مهر المثل
وهل يرجع به على من غره فيه قولان مما سبق وان اتت بولد لزمه

بقيمته يوم الوضع اي اذا انفصل لدون سته اشهر من حين العلم اما وجوب القيمه
فلانه فوت رق الولد بظنه الحريه واما اعتبار القيمه بيوم الوضع فلانه اول
احوال تقويمه ويرجع بها على من غره لانه هو الذي اوقعه في الغرامه فصار
كما لو باعه جاريه فاحبلها ثم خرجت مستحقه وغرم قيمة الولد والتغرير
ها هنا يتصور من الامه ومن وكيل السيد فان كان التغرير من الامه لم يطالب
بالغرم الا ان يكون كاتبه فانه لا مهر لها عليه ثم يسلم اليها اقل ما يتمول
للعبد على وجه قال ... وان تزوج امراه وشرط انها امه فخرجت
حره او على انها كتابيه فخرجت مسلمه ففيه قولان احدهما ان النكاح باطل
والثاني انه صحيح لما سبق ولا خيار له لعدم النقص وان تزوج امراه اي من
غير شرط ثم بان انها امه وهو ممن يحل له نكاحها او بان انها كتابيه ففيه
فيها قولان احدهما ان له الخيار لان ظاهر الدار الحريه والاسلام فاذا خالف
ذلك ثبت له الخيار كما ان الظاهر في المبيع لما كان السلامه فاذا اطلع على
عيب ثبت الخيار والثاني لا خيار له لان مجرد الظن لا ينبني عليه الاحكام كما لو
اشترى عبدا ظنه كاتبا فلم يكن كاتبا وقيل في الامه لا خيار له لانه لا تغرير
من وليها لان لباسها لا يخالف لباس ولي الحره وانما التفريط من الزوج حيث
لم يبحث عن حالها وفي الكتابيه يثبت الخيار لان التغرير من وليها حيث ترك
الغيار وقيل لا خيار في المسلمين ولو وجدت امه رجلا ظنته حرا فخرج عبدا
لم يثبت لها الخيار على اصح الوجهين وان تزوج عبدا بامه ثم اعتقت الامه ثبت
لها الخيار بالاجماع وفي وقته ثلثه اقوال احدها انه على الفور كخيار العيب
والثاني انه الى ثلثه ايام لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان بريره رضي
الله عنها قضى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالثلث والثالث الى ان
يطاها اي باختيارها او تصرح بما يبطله لما روت عايشه ان بريره خيرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ان قربك فلا خيار لك وان اعتقت

وهي في عده من طلاق رجعي ولم تفسخ ولم تختار المقام لم يسقط خيارها لانها جاريه الي بينونه فلم يصح معها اختيارها بنا فيها وان فسخت نفذ لانها تستفيد به نفي احتمال ضرر تطويل العده وان كانت المعتقه صغيره فخيارها موقوف علي بلوغها ولا يمنع الزوج من وطيها وخرج فيه وجه انه يمنع وان كانت مجنونه لم يمنع الزوج من الوطي قال ـــــ وان ادعت الجهل بالعتق ومثله يجوز ان يخفي عليها مثل ان كانت في بلده اخري قبل قولها لان الظاهر معها واذا كانت في محله اخري فهي كما لو كانت في بلده اخري وان كانت مع السيد في دار واحده او محله واحده لم يقبل قولها لان ما تدعيه خلاف الظاهر فان العاده جاريه بان من اعتق رقيقه ان يعلمه اذا كان معه وقيل في قبول قولها قولان وان ادعت الجهل بالخيار ففيه قولان احدهما يقبل لان الظاهر معها لان ذلك لا يعرفه الا الخواص والثاني لا يقبل كما في الرد بالعيب وهو الاصح وان اعتقت فلم تفسخ حتي اعتق الزوج ففيه قولان احدهما يبطل خيارها لزوال النقص والثاني لا يبطل وهو الاصل ويجوز لها الفسخ بالعتق من غير حاكم لانه غير مختلف فيه فان فسخت قبل الدخول سقط مهر المثل وان فسخت بعد الدخول بعتق بعده وجب المسمي وان فسخت بعد الدخول بعتق قبله سقط المسمي ووجب مهر المثل لما بيناه في الفسخ بالعيب وقال في التتمه المذهب انه يجب المسمي ويجب المهر للمولي لانه وجب بالعقد في ملكه وان طلقها الزوج قبل ان تختار الفسخ اي طلاقا باينا ففيه قولان احدهما وهو الصحيح انه يقع لانه صادف ملكا والثاني انه موقوف فان فسخت لم يقع لان ايقاعه يبطل حقها من الفسخ وان لم تفسخ تبينا انه قد وقع لانه لا يبطل حقها من الفسخ اما اذا كان الطلاق رجعيا فانه يقع قولا واحدا لانه لا يبطل حقها من الفسخ ولو عتق العبد وتحته امه لم يثبت له الخيار في اصح الوجهين لانه ليس في معني المنصوص

باب ـــــ نكاح المشرك

اذا اسلم احد الزوجين الوثنيين او المجوسيين او اسلمت المراه والزوج يهودي او نصراني فان كان ذلك قبل الدخول تعجلت الفرقه لان النكاح قبل الدخول غير متاكد فلهذا ينقطع بالطلقه الواحده وهذا الاختلاف في الدين مضاد للنكاح بدليل انه لا يجوز تقريرهما علي النكاح معه فعلقنا به الفرقه وان كان بعد الدخول وقفت الفرقه علي انقضا العده فان اسلم الاخر قبل انقضايها فهما علي النكاح وان لم يسلم حتي انقضت العده حكم بالفرقه من حين اسلم الاول منهما مقال ـــــ ابو ثور ان اسلم الزوج قبل الزوجه وقعت الفرقه لنا ما روي عبد الله بن شبرمه ان الناس كانوا علي عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المراه والمراه قبل الرجل فايهما اسلم قبل انقضا عده المراه فهي امراته وان اسلم بعد انقضا العده فلا نكاح بينهما وبالقياس علي الطلاق وان وطيها في العده ولم يسلم الثاني منهما وجب المهر لانه وطي لا يوجب الحد فاوجب المهر وان اسلم اي قبل انقضا العده فالمنصوص انه لا يجب المهر والمنصوص فيما لو وطي الرجعيه ثم راجعها انه يجب المهر فقيل بتقرير النصين لان بالاسلام صار كان لم يزل وبالرجعه لا يصير كان لم يطلق اذ الرجعه لا ترفع الطلاق الواقع ولا يخرج الوطي عن ان يكون واقعا بعد الطلاق وقيل بتخريجهما علي قولين احدهما يجب المهر لما سبق والثاني لا يجب لانه بالرجعه والاسلام زال الشعث فصار كانه لم يكن وان اسلم الحر وتحته اكثر من اربع نسوه فاسلمن معه ولم يكن كتابيات اختار اربعا منهن لان غيلان اسلم علي عشر نسوه فقال له النبي صلي الله عليه وسلم امسك اربعا منهن وفارق سايرهن واذا اختار اربعا منهن انفسخ نكاح البواقي قال ـــــ ابن الصباغ ولا يجب لها مهر اذا لم يكن دخل بهن ولا متعه ولا نفقه لان نكاح البواقي فاسد من اصله قال ـــــ وان لم يفعل اجبر عليه اي بالحبس والتعزير ويكرر عليه الي ان يفعل لانه حق توجه عليه لا تدخله النيابه واخذ نفقتهن الي ان

تختار لانهن مجوسيات بحكم النكاح فان طلق واحدة منهن كان ذلك اختيارا لتوقف
الطلاق على ثبوت النكاح وقيل لا يكون اختيارا له بحكاية بعض الروايات انه
قال لابن الديلمي وقد اسلم على اختين طلق ايتهما شئت فلو كان الطلاق تعيينا
للنكاح في المطلقة لكان ذلك تفويتا لنكاحهما عليه والرواية المشهورة فارق
وقد قيل يطرد الخلاف في لفظ الفراق ايضا وان ظاهر منها او الى لم يكن
ذلك اختيارا لان الايلاء والظهار فيه معنى اليمين واليمين لا تختص بالنكاح
وقيل يكون اختيارا بهما لانهما تصرفان مختصان بالنكاح فاشبها الطلاق وان
وطيها فقد قيل هو اختيار كما في وطي البايع الجارية المبيعة في مدة الخيار
وقيل ليس باختيار وهو الصحيح اعتبارا بالرجعة وان مات قبل الاختيار اي وهن
مسلمات وقف ميراث اربع منهن الى ان يصطلحن لانا نعلم ان فيهن اربع
زوجات وقد جهلنا عينهن فوجب التوقف

فصل

وان اسلم
وتحته ام وبنت اعلم انه لا بد من تقديم قاعدة يبنى عليها حكم هذه المسالة
وهي ان انكحة الكفار ما حكمها وفيه ثلثة اقوال احدها انها صحيحة بدليل
التقرير وحرم الذمي لكونه محصنا والثاني انها فاسدة لمخالفتها الشرع
وتصحيحها بعد الاسلام بطريق الرخصة والثالث انا نتوقف فيها فان
اسلمن بان الصحة وما تقرر عليه في الاسلام لان الجزم بالصحة والفساد ممتنع
لما بيناه فتعين التوقف فعلى الثاني والثالث لا مهر لكل امراة غير مدخول بها
اندفع نكاحها بالاسلام وعلى الاول لها المهر وقال الشيخ ابو حامد لا مهر
للمندفعة ولم يبنه على الخلاف في صحة انكحتهم وقال في الحاوي الذي عليه الجمهور
انها ليست على ثلثة اقوال بل على ثلثة احوال احدها ان يوجد النكاح بالشرائط
من اللفظ والولي والشهود والخلو من الموانع فهذا نكاح صحيح الثانية ان
يوجد مع الخلو من الموانع ولكن مع اختلال الشرايط كفقد الولي او الشهود
او اللفظ الخاص فهو معفو عنه اي يقر عليه بعد الاسلام رجعنا الى مسالة الكتاب

وهي ما اذا اسلم وتحته ام وبنت واسلمتا معه فان كان دخل بهما انفسخ نكاحهما
اما نكاح البنت فبالدخول بالام واما نكاح الام فلانها حرمت بالدخول بالبنت وبالعقد
على البنت اذا قلنا بصحة انكحتهم وان لم يدخل بواحدة منهما ففيه قولان احدهما
يثبت نكاح البنت ويبطل نكاح الام وهذا تفريع على ان انكحتهم صحيحة اذ تكون
الام محرمة بالعقد على البنت فيبطل نكاحها وهل لها مهر فيه وجهان والثاني وهو
الاصح انه يختار ايتهما شاء وينفسخ نكاح الاخرى وهذا تفريع على القولين
الاخيرين وان دخل بالبنت دون الام ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الام لانها حرمت
بالدخول بالبنت وبالعقد عليها ايضا اذا قلنا بصحة انكحتهم وان دخل بالام دون
البنت ففيه قولان احدهما ينفسخ نكاحهما وحرمتا على التابيد وهذا تفريع
على قول الصحة فتحرم الام بالعقد على البنت وتحرم البنت بالدخول بالام والثاني
يثبت نكاح الام اذ لا مفسد له وينفسخ نكاح البنت بالدخول بالام وهذا تفريع
على القولين الاخيرين وهو الصحيح قال وان اسلم الحر وتحته اربع
اما فاسلمن معه فان كان ممن يحل له نكاح الاما اختار واحدة منهن وحكى
بعض الخراسانيين انه يثبت نكاح الاربع اذ الاختيار ملحق بالاستدامة في احد
القولين وان كان ممن لا يحل له نكاح الاما انفسخ نكاحهن خلافا لابي ثور
لنا ان الاختيار فيه شبه الابتدا وشبه الاستدامة ففي حكم الرق اعتبرنا
شبه الابتدا لانه يليق بحكم البدل اضيق من حكم الاصل فان كان تحته حرة واما
فاسلمت الحرة معه ثبت نكاحها وانفسخ نكاح الاما وان لم تسلم الحرة واسلم الاما
وقف امرهن على اسلام الحرة فان اسلمت قبل انقضا العدة لزم نكاحها وانفسخ
نكاحهن وان لم تسلم حتى انقضت عدتها وهو ممن يحل له نكاح الاما كان له ان
يختار واحدة من الاما لما سبق وحكى بعض الخراسانيين ان له ان يختار اربعا
منهن

فصل

وان اسلم وتحته اما فهو موسر فلم يسلمن
حتى اعسر ثم اسلمن كان له ان يختار واحدة منهن لان الاعتبار بوقت الاختيار

وذلك وقت الاجتماع في الاسلام وهو فيه معسر ولو اسلم وهو موسر
فاسلمت معه واحده منهن ثم اسلم الباقيات وهو معسر كان له ان يختار واحده
من الباقيات لانه كان في حال الاجتماع معهما في الاسلام معسرا وقال ابن
الصباغ ليس له ان يختار واحده منهن لان الاسلام لو اوله دخل في وقت الاختيار
وهو فيه موسر وان اسلم عبد وعنده اربع نسوه واسلمن معه اختار اثنتين اذ
لا يجمع العبد بين اكثر من اثنتين فان اسلم واعتق ثم اسلمن او اسلمن واعتق ثم
اسلم ثبت نكاح الاربع لان الاعتبار بوقت الاختيار وهو فيه ممن له الجمع بين
اربع نسوه وان اسلم الزوجان معهما نكاح متعه او نكاح شرط فيه خيار
الفسخ متى شا او شا احدهما لم يقر عليه لانهما في المسله الاولى لا يعتقدان
تابيد النكاح وهو عقد موبد وفي الثانيه لا يعتقدان لزومه وهو عقد لازم
وان اسلما وقد تزوجها في العده او شرط خيار الثلث فان اسلما قبل انقضا
العده او قبل انقضا مده الخيار لم يقرا عليه لقيام المفسد وان اسلما بعد
انقضا العده او بعد انقضا الخيار اقرا عليه لزوال المفسد حاله الاسلام
فرعان احدهما لو اسلم قبل انقضا العده ولم يحرم بعد انقضايها لم
يقرا عليه على احد الوجهين لخلاف يطرد من اليسار وقيل يطرده في اليسار
ايضا الثاني لو اسلم وهي معتده من وطي شبهه اقرا على اصح الوجهين بخلاف
ما لو اسلما وهو موسر ثم يسار طار والفرق بينهما يعرف مما تقدم قال
وان قهر حربي حربيه على الوطي وطاوعته ثم اسلما فان اعتقدا ذلك نكاحا
اقرا عليه اذ لا يجب البحث عن شروط انكحتهم فصار كما لو تزوجها بغير ولي
او بغير شهود وقال القفال لا يقران عليه اذ لا قول ولا عقد قال
وان لم يعتقداه نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس نكاح في معتقدنا ولا في معتقدهم
وان ارتد الزوجان المسلمان او احدهما قبل الدخول تعجلت الفرقه وان كان
بعد الدخول وقفت الفرقه على انقضا العده فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضا

العده فهما على النكاح وان لم يجتمعا قبل انقضا العده حكم بالفرقه لانه انتقال
من دين الى دين يمنع ابتدا النكاح فاشبه ما لو اسلم احد الزوجين الوثنيين
وان انتقل الكافر من دين الى دين يقر اهله عليه ففيه قولان احدهما يقر
عليه لانه دين يقر اهله عليه فوجب ان يقر عليه كما لو اسلم والثاني لا يقر عليه
لقوله تعالى ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وما الذي يقبل منه فيه
قولان احدهما الاسلام اي فقط للايه والثاني الاسلام لانه الدين الحق او الدين
الذي كان عليه اي ان كان مما يقر عليه لانا اقررناه عليه اذا ثبت هذا فكل من
انتقل من الكفار الى دين لا يقر عليه فحكمه في بطلان المناكحه حكم المسلم
اذا ارتد وقد بيناه

بلغ

كتاب الصداق

الصداق اسم لما يبذله الرجل في عقد النكاح ويجعله مقابلا للمراه وهو ماخوذ
من الصداق وهو الشديد الصلب فكانه اشد الاعواض لزوما وثبوتا من حيث
انه لا يسقط بالتراضي قال والمستحب ان لا يعقد النكاح الا بصداق اقتدا
برسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه اقطع للخصام ويجوز من غير ذكر صداق
لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن
فريضه وما جاز ان يكون ثمنا جاز ان يكون صداقا اي قل او كثر لانه عوض
في العقد فان ذكر صداقا في السر وصداقا في العلانيه فالصداق ما عقد
به العقد لانه يجب بالعقد فوجب ما عقد به وظاهر ما نقله المزني ان المسله
على قولين احدهما ان المهر مهر السر وان لم يجر العقد الا في العلانيه الحاقا
للشرط الذي يقع بعده العقد بالشرط في العقد قال ولا يزوج
ابنته الصغيره باقل من مهر المثل ولا ابنه الصغير باكثر من مهر المثل لما فيه من
الاضرار بالطفل فان فعل ذلك وزاد هذا اي من مال الطفل وجب مهر المثل
وبطلت الزياده لفساد الصداق وحكى بعض الخراسانيين ان النكاح يبطل على قول

ولا يتزوج السفيه باكثر من مهر المثل وان زاد بطلت الزياده
لما ذكرناه ولا يتزوج العبد باكثر من مهر المثل لما فيه من
الاضرار بالسيد ومهر امراته في كسبه ان كان مكتسبا لانه لا
يمكن ايجابه على السيد لانه ليس بضامن ولا في رقبه العبد لانه وجب
برضا من له الحق ولا يمكن ايجابه في ذمته الى ان يعتق لما فيه من الاضرار
بالمراه فلم يبق الا الكسب فتعلق به قال وفيما في يده ان كان
ماذونا له في التجاره لانه دين لزمه بعقد اذن فيه وقيل انه لا يتعلق
بربح مال التجاره سوا كان قد كسبه قبل النكاح او بعده وقيل
بل يتعلق بالربح الحاصل منه بعد العقد كما في الكسب قال فان لم
يكن مكتسبا ولا ماذونا له ففي ذمته الى ان يعتق في احد القولين او يفسخ
النكاح لما قلنا له بالقرض وفي ذمه السيد في القول الاخر وهو
القديم لانه لما اذن له في العقد مع علمه بالحال صار ضامنا وهذا
القول جار في تزويج الابن الصغير المعسر فان زاد على مهر المثل
وجبت الزياده في ذمته يتبع بها اذا عتق دفعا للضرر عن السيد
وان وجه تقدير تزامان وان تزوج بغير اذنه ووطي ففي المهر ثلثه
اقوال احدها يجب حيث يجب المهر في النكاح الصحيح واعلم
ان هذا القول لا محله فيما بلغنا غير الشيخ الا فيما اذا اذن له السيد
في النكاح الصحيح فنكح نكاحا فاسدا ووجهه ان النكاح الفاسد
لما كان كالصحيح في وجوب المهر والعده ولحوق النسب جعل
الاذن متضمنا له كالنكاح الصحيح فوجب ان يقضي من حيث يقضي
المهر في النكاح الصحيح والثاني انه يتعلق بذمته وهو الجديد لانه
وجب برضا من له الحق فاشبه القرض والثالث انه يتعلق برقبته
يباع فيه لانه اتلف بضعها فصار كما لو جني عليها ويجوز ان يكون

الصداق عينا يباع ودينا يسلم فيه ومنفعه تكرى ويجوز حالا
ومؤجلا لانه عقد على المنفعه فجاز بما ذكرناه كالاجاره وما
لا يجوز في البيع والاجاره من المحرم والمجهول لا يجوز في الصداق
قياسا عليهما وتملك المراه المهر بالتسميه اي في العقد كما يستحق
الثمن بالتسميه في العقد واعلم انها تملك المسمي فيه بشرط
ان يكون النكاح صحيحا والتسميه صحيحه فلو كانت التسميه فاسده
ملكت بالعقد مهر المثل ويملك التصرف فيه بالقبض لانه مملوك
بعقد معاوضه فصار كالمبيع في يد البايع وان كان دينا فعلى القولين
في الثمن وقال الخراسانيون يبني على ان الصداق مضمون ضمان
عقد او ضمان يد قال ويستقر بالموت اي قبل الدخول لانه ينتهي
به النكاح فاستقر به البدل كالاجاره اذا انقضت مدتها وقيل
ان كانت امه لم يستقر بموتها قال او الدخول لقوله تعالى وكيف
تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض وفسر الافضا بالدخول
فهل يستقر بالاتيان في الدبر فيه وجهان وهل يستقر بالخلوه
فيه قولان اصحهما انه لا يستقر لقوله تعالى وان طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضه فنصف ما فرضتم والثاني
يستقر لانه وجد التمكين من استيفا المنفعه فاستقر البدل كما
في الاجاره فعلى هذا تكون الخلوه موجبه للعده ومثبته للرجعه على
احد الوجهين وقيل الخلوه تقرر المهر اذا لم يكن هناك مانع شرعي
واحسي من الوطي وهو الصحيح وقيل الخلوه لا تقرر المهر ولكن
ترجح جانبها حتى يكون القول قولها في دعوى الاصابه قال
ولها ان تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض اي اذا كان الصداق حالا
دفعا لضرر فوات البضع فان تشاحا اجبر الزوج على تسليمه الى

عقد واجبنا المراة على التسليم فاذا دخل بها سلم المهر اليها فان لم
يسلم لزمه نفقتها لانها ممتنعة بحق وفيه قول اخر انه لا يجبر واحد
منهما على ابتدا بالتسليم لكن يجبر الاخر عليه وان تمانعا لم يجب نفقتها
لانها ممتنعة بحق وتعليل القولين ذكرناه في البيوع ويجي القول
الثالث وهو ان يجبر البايع لان المراة بمنزلة البايع وفي اجبارها
على التسليم تفويت البضع وقال بعض الخراسانيين الزوج في
مرتبة البايع للصداق فيجبر على تسليم الصداق على هذا القول ٥

قال فان تبرعت وسلمت نفسها حتى وطيها سقط حقها من
الامتناع لانه تسليم يستقر به المسمى فاشبه البايع اذا سلم المبيع قبل
قبض الثمن وحكي بعض الخراسانيين وجها انه لا يسقط حقها من الامتناع
اذا وطيها مكرهة ولو كان الصداق موجلا فليس لها حبس نفسها
لانها رضيت بتاخير حقها قال الشيخ ابو حامد وكذا لو تاخر
التسليم حتى حل لم يكن لها حبس نفسها وقال القاضي ابو الطيب لها ذلك

بلغ

فصل وان هلك الصداق قبل القبض وخرج مستحقا
او كان عبدا فخرج حرا او وجدت به عيبا فردته رجعت الى مهر المثل
في اصح القولين لان تلف العوض قبل القبض يقتضي رد المعوض
فاذا تعذر وجب بدله كما لو باع عبدا بثوب وقبض الثوب وتلف في يده
ثم تلف العبد قبل القبض فانه يرجع عليه بقيمة الثوب فعلى هذا
لو انتفع الزوج بالصداق في الخدمة وغيرها قبل القبض هل يجب عليه
الاجرة فيه وجهان كالوجهين فيما لو انتفع البايع بالمبيع قبل القبض هل
يطالبه المشتري بالاجرة قال والى قيمة العين ان لم يكن من ذوات
الامثال في القول الاخر فهو القديم واختيار ابن الصباغ اما
اذا كان من ذوات الامثال رجع الى مثلها على هذا القول ووجهه

ان تلف الصداق لا يوجب ارتفاع سبب استحقاقه وهو النكاح
والعين المملوكة بعقد معاوضة اذا لم ينفسخ العقد بهلاكها
كانت مضمونة ضمان اليد كالمشتري اذا قبض المبيع ثم رجع البايع
واسترجعه منه فعلى هذا تجب اقصى القيمة او قيمته يوم العقد او قيمته
يوم التلف فيه ثلثة اوجه ذكرها في التتمة وان وردت فرقة
من جهتها قبل الدخول بان ارتدت او اسلمت سقط مهرها وكذا
لو ارضعت من ينفسخ النكاح برضاعه لانها اتلفت المعوض قبل التسليم
فسقط العوض وان قتلت نفسها فقد قيل فيه قولان احدهما
يسقط مهرها لحصول الفرقة من جهتها والثاني لا يسقط وهو الاصح
لانها فرقة حصلت بانتهاء النكاح فاشبهت الموت وقيل ان كانت
حرة لم يسقط وان كانت امة سقط لان الحرة كالمسلمة نفسها
بالعقد ولهذا يملك منعها من السفر بخلاف الامة فان للسيد
ان يسافر بها ولان الحرة تستفيد الارث فجاز ان تخسر الصداق
بخلاف الامة والطريق الثاني لضعف الفرق قال الخراسانيون
هذا اذا كانت امة وقتلها سيدها اما لو قتلت الامة
نفسها فالمذهب الصحيح ان قتلها نفسها بمنزلة موتها لانها ليست
بمالكة للصداق وقيل يسقط لان ردتها كردة الحرة في سقوط
الصداق فكذلك قتلها نفسها وان قتلها الزوج او اجنبي استقر
مهرها وقال الاصطخري يسقط مهرها قال وان وردت
الفرقة من جهته بان اسلم او ارتد او طلق سقط نصف المهر وكذا
لو خالع اما في الطلاق فللاية واما الباقي فبالقياس عليه ولو
وردت الفرقة من جهتهما بان ارتدا معا ففيه وجهان احدهما
يسقط نصف الصداق كالخلع والثاني يسقط الجميع وان اشترت

زوجها فقد قيل يسقط النصف وقيل لا يسقط اعلم ان هذا
الكلام يوهم انه لا يسقط شي من المهر على وجه لذلك بل المسله
على وجهين احدهما يسقط النصف لان البيع تم بالزوج والسيد
الذي هو قايم مقام الزوج فصارت كالفرقه الحاصله بالخلع
والثاني يسقط الكل لان البيع تم بهما دون الزوج والسيد ليس نايبا
عنه في التفريق فيكون تاويل قول الشيخ لا يسقط النصف بل الكل
وان اشترى زوجته سقط المهر كله وقيل سقط النصف لان البيع
تم بدون الزوجه وقيل ان استدعا بيعها الزوج معها وجب
النصف وان استدعا السيد لم يجب شي لانهما استويا في ان الموجود
من كل واحد منهما شق العقد فرجح بالاستدعا والاول اصح
لان السيد هو الذي اختار الفرقه حيث عين الزوج للبيع منه ٥
ومتى ثبت له الرجوع بالنصف فان كان باقيا على جهته رجع في نصفه
للابه ومتى يملكه فيه وجهان احدهما اختيار التمليك
فعلى هذا لو حدثت زياده قبل الاختيار كانت للمراه والثاني وهو المنصوص
انه يملكه بنفس الفرقه لظاهر الايه ٥ وان كان فايتا او مستحقا
بدين او شفعه وبالجمله مهما تعلق به حق لازم لغيرها رجع الى
نصف قيمته اقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض اي اذا
كان من ذوات القيم لانها ان كانت يوم العقد اقل ثم زادت كانت
الزياده في ملكها فلم يرجع في نصفها وان كانت يوم العقد اكثر
ثم نقصت كان النقصان مضمونا عليه فلا يرجع وان كان نايا بزياده
منفصله كالولد والثمره رجع في نصفه دون زيادته لانها حدثت
في ملكها فلم يرجع بنصفها وان كان زايدا زياده متصله كالسمن
والتعليم فالمراه بالخيار بين ان ترد اليه النصف زايدا وبين ان تدفع

اليه قيمه النصف فان دفعت النصف زايدا لجبر الزوج على قبوله
لانه حقه مع زياده لا تتميز وان دفعت قيمه النصف اجبر على
قبولها وليس لنا موضع يمتنع الرجوع بسبب الزياده المتصله الا هنا
فان المشترى لو افلس بالثمن او وجد البايع بالثمن عيبا فرده والمبيع
زايدا زياده متصله يمكن البايع من اخذه والفرق ان الرجوع
في البيع كان بطريق الفسخ وهو ابتنى على العقد فما كان تابعا
في العقد جعل تابعا في الفسخ واما هنا عود النصف الى الزوج
ليس بطريق الفسخ ولا الرجوع بعينه لان المعوض عاد اليها سليما
بل هو تمليك مبتدا من الشرع لنصف المفروض والزياده ليست
مفروضه ولا يمكن افرادها عنه فجعلنا المفروض كالهالك اذا لم
تسمح بالزياده يجب قيمه نصفه قال وان كان ناقصا اي
مثل ان كان عبدا فعمي او مرض فالزوج بالخيار بين ان يرجع فيه
ناقصا وبين ان ياخذ نصف قيمته دفعا للضرر النقصان عنه وان
كان زايدا من وجه وناقصا من وجه مثل ان كان عبدا فتعلم صنعه
ومرض فان تراضيا على اخذ نصفه جاز اذ الحق لا يعدوهما
وان امتنع الزوج من قبوله لم يجبر عليه لنقصانه ويرجع الى نصف
قيمته اقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض وان امتنعت المراه
من دفعه لم تجبر على ذلك لزيادته والحمل زياده من وجه ونقصان
من وجه وقيل انه في البهايم زياده محضه قال وان كانت قد
وهبت منه الصداق قبل الطلاق ففيه قولان اصحهما
انه يرجع عليها بنصف بدله كما لو وهبته لاجنبي ووهبه الاجنبي منه
والثاني لا يرجع لان النصف تعجل اليه بالهبه ويجري القولان فيما لو وهب
البايع الثمن من المشتري ثم اراد رد المبيع بالعيب والرجوع الى العوض

وان كان دينا فابراته منه ففيه قولان اصحهما انه لا يرجع عليها لان
الابرا اسقاط للحق ولهذا لا تفتقر الى القبول على المذهب بخلاف
الهبه والثاني يرجع لما سبق وقيل لا يرجع قولا واحدا فلو ابراته منه
بلفظ الهبه افتقر الى القبول على وجه وقال في المجرد الفاظ
الابرا ستعه عفوت وابرات واسقطت وحططت وتركت ووهبت
واحللت ووضعت وملكت قال وان حصلت الفرقه والصداق
لم يقبض فعفا الولي عن حقها لم يصح العفو لغيره من حقوقها
وفيه قول اخر قديم انه ان كانت بكرا صغيره او مجنونه فعفا الاب
او الجد عن حقها صح العفو لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان
يعفون او يعفوا الذي بيده عقده النكاح واراد به الولي اذ لو كان المراد
به الزوج لخاطبه خطاب الحاضر لتقدم ذكره وانما شرطنا ان تكون
بكرا لانها لو كانت ثيبا لم تكن عقده نكاحها اليه وانما شرطنا صغيره
او مجنونه ليكون له ولايه على مالها وفي معناها السفيهه وقال في
التتمه يشترط ان يكون عاقله فلو كانت مجنونه او سفيهه لم يكن له عفو
عن صداقها لانه انما كان له ذلك في الصغيره ليرغب فيها لحسن معاملته
مع الازواج فالمجنونه والمحجوره بالسفه لا يرغب في نكاحها وانما
اشترطنا ان يكون بعد حصول الفرقه لان قبل الفرقه لا نامن ان
يطاها فيفوت البضع عليها فان كان مع الفرقه بان خلعها بالصداق
فوجهان وانما اشترطنا ان يكون ابا او جدا لتكمل شفقته ونفي التهمه
قال الخراسانيون المذهب انه يشترط ان يكون الصداق دينا وقال
الشيخ ابو حامد لا يشترط ذلك

فصل

وان فوضت المراه
بضعها من غير بدل لم يجب لها المهر بالعقد لانه لو وجب بالعقد لتنصف
بالطلاق وقيل يجب بالعقد على قول لانه لم يجب بالعقد لما استقر بالموت

والعقل لانه البلوغ تحصل المقصود ولكنا استحببنا ان يكون مستحسنه عنده قال
وان لم يكن جايز التصرف فان كان صغيرا زوجه الاب او الجد اي عند عدم الاب تزويجه
زوجه لانه لما كان لهما تزويج الصغيره مع انها تستحق مهرا على الزوج ابدا فلان يكون
لهما تزويج الصغير مع تمكنه من الخلاص بالطلاق فيما بعد كان ذلك اولى وهل له ان
يزوجه اكثر من واحده فيه وجهان وليس لغير الاب والجد تزويج الصغير كما ليس له
تزويج الصغيره هذا كله اذا لم يكن الصغير مجنونا فان كان مجنونا لم يزوج على احد الوجهين
لانه لا يحتاج اليه في الحال ولا تظهر لنا حاجته اليه الا بعد البلوغ وان كان
مجنونا اي كبيرا فان كان يفيق في وقت لم يزوج الا باذنه لانه يمكن استيذانه وقيل
ان كان زمان جنونه اكثر زوج ويحط جنونه عن حاجته وان كان لا يفيق فهو محتاج
الى النكاح اي اما للخدمه او العفه وتعرف ذلك بتبعه للنسا او اشتداد ذكره
وشبهه قال الاب والجد اي عند عدم الاب والحاكم عند عدمهما دفعا للحاجه
متصرف عن له ولايه عليه في ماله ويخالف الصغير العاقل حيث لا يكون للسلطان
تزويجه لان له امدا ينتظر بخلاف المجنون وان كان سفيها اي محجورا عليه وهو
محتاج الى النكاح زوجه الاب او الجد او الحاكم لما سبق فهل يعتبر اذن السفيه
قال العراقيون لا يعتبر عن ظهور حاجته كما في شرا الطعام له وقال الخراسانيون
الصحيح انه لا يعتبر لانه حر مكلف فان اذنوا له فعقد بنفسه جاز لانه مكلف
صحيح العباره والنكاح غير مقصود بالحجر عليه فملكه بالاذن عليه ولكن لا بد
ان تعين المراه وبقدر المهر وقيل لا يعتبر الى ذلك وقيل يفتقر الى تعيين القبيله
دون المراه وان كان يكثر الطلاق سري بجاريه لانه اصلح له اذ لا ينفذ اعتاقه
ذلك قال بعض الاصحاب وذلك بعد ان يزوجه ثلثا فلو تزوج السفيه
بغير الاذن ووطي ففي المهر ثلثه اوجه الثالث انه يطالب به بعد فك الحجر قال
وان كان عبدا صغيرا زوجه المولى وان كان كبيرا تزوج باذن المولى لان المنع لحقه فزال
باذنه وقيل ان كان لامراه لم يصح النكاح الا باذن وليها ايضا وهل للمولى ان يجبره على

النكاح فيه قولان اصحهما انه ليس له اجباره لانه مكلف ومنفعته ليس ملكا للسيد فاشبه
المكاتب ومن نصفه حر والثاني له اجباره وهو القديم لظاهر الايه وقيل يطرد القولين في العبد
الصغير والصحيح الفرق من وجهين احدهما ان للصغير تاثيرا في الولايه والثاني انه افضى
الى حصول الفايده فانه لا يمكن من الطلاق بخلاف البالغ فان طلب العبد النكاح فهل يجبر المولى عليه
فيه قولان اصحهما لا يجبر لما فيه من الاضرار به والثاني يجبر لظاهر الايه

فصل

ومن جاز له النكاح من النسا فان كانت لا تحتاج الى النكاح كره لها ان تتزوج وان كانت محتاجه
اليه استحب لها ان تتزوج كالرجل فان كانت حره ودعت الى كفو اي وهي مكلفه وجب على الولي
تزويجها اي وان كان بدون مهر المثل لقوله عليه السلام ثلثه لا يوخرن الصلاه اذا اتت
والجنازه اذا حضرت والايم اذا وجدت كفوا فان كانت بكرا جاز للاب والجد تزويجها بغير
اذنها لقوله عليه السلام الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستاذن في نفسها واذنها صماتها
فمفهوم الحديث ان البكر ليست باحق والاحقيه في حق الثيب هي انتفا ولايه اجبارها فيلزم ثبوت
ولايه اجبار البكر والمستحب ان يستاذنها ان كانت بالغه واذنها السكوت للخبر ولا يجعل السكوت
اذنا فيما يرجع الى التزويج بدون مهر المثل او بغير الكفو ولا يجوز لغير الاب والجد تزويجها
الا ان تبلغ وان كانت ثيبا فان كانت عاقله لم يجز لاحد تزويجها الا باذنها بعد البلوغ واذنها
بالنطق لقوله عليه السلام الثيب تستنطق ولا استنطاق الا بعد البلوغ بالاجماع واذا ذكرت
المراه للولي انها ثيب قبل قولها وان لم يعلم لها زوج وهل يسالها عن الوطي قال في الحاوي
لا يسالها وقال الشاشي يسالها هل وطيت فان ذكرت انها وطيت ولم يتهمها حلفها قال
وان كانت مجنونه فان كانت صغيره جاز للاب والجد تزويجها لانه لا يرجى لها حال
تستاذن فيه ولها ولايه الاجبار في الجمله وقال بعض الخراسانيين لا تزوج الثيب
الصغيره المجنونه ولا خلاف انه لا يزوجها الحاكم وقال بعض البصريين لا تزوج الصغيره
المجنونه قال وان كانت كبيره اي المجنونه جاز للاب والجد تزويجها لما سبق وللحاكم
اي عند عدمهما لانه يرجى ان يكون شفاوها مع تضمنه مصلحه المهر والنفقه وثبوت
الولايه على مالها وبهذا تفارق باقي العصبات وفارق ما لو كانت صغيره وقال ابن الصباغ

لا يزوجها الحاكم الا اذا قال اهل الطب ان شفاها في ذلك وهل يشترط رضا العصبات
في تزويج الحاكم فيه وجهان وان كانت امه واراد المولى تزويجها بغير اذنها
جاز لانه عقد على منفعتها فاشبه اجارتها فان دعت المولى الى تزويجها لم يلزمه ذلك
وقيل ان كانت محرمه عليه لزمه تزويجها وهذا يشعر بان العله في المخالفه كونه منقصا
لمنفعتها او كونه مفوتا للاستمتاع عليه وان كانت مكاتبه لم يجز للمولى تزويجها
بغير اذنها لانها كالخارجه عن ملكه وقيل لا يزوج اصلا وان دعت هي الى تزويجها
فقد قيل يجب لان لها في ذلك منفعه لانها تستعين بالمهر على اداء مال الكتابه وقيل
لا يجب لانها ربما عجزت فتعود الى ملكه مزوجه ولا يمكنه ان يستمتع بها

فصل

في انه لا يصح نكاح المراه الا بولي ذكر اي ليس خنثى مشكل وحكى
البصريون انها اذا تاقت الى النكاح ولم يكن لها ولي ولا هناك حاكم زوجت نفسها
في احد الوجهين ولكن هل هو عقد او تناشز نفسها فيه وجهان وقال ابو ثور ان
عقدت باذن الولي صح لنا الخبر المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المراه
المراه ولا المراه نفسها ولا اعتمدها الحكم بصحه النكاح بلا ولي على اصح الوجهين
وسياتي في الحدود ولا تقع فيه على اصح الوجهين قال فان كانت امه زوجها
السيد لما سبق وان كانت لامراه زوجها من يزوج المراه باذنها اي بالنطق لانه
نكاح لغيرها فاشبه نكاح نفسها فانما اعتبر باذنها لان منه تعتبر بها لكثيرها وقيل
يزوجها الحاكم برضا السيده وقيل لا بد من اجتماع الحاكم والولي فان كانت
المراه اي السيده غير رشيده فقد قيل لا تزوج لفقد اذن السيده وقيل يزوجها اب
المراه وجدها لانه يملك اجبارها وولي مالها وان كانت حره زوجها عصباتها لان
الولايه تثبت لدفع العار عن النسب وهو الى العصبات واولاهم الاب لان من عداه
يدلي به ثم الجد لان له ولايه تعصيبها ثم الاخ لانه يدلي بالاب فكان اقرب ثم ابن الاخ ثم
العم ثم ابن العم ثم المولى ثم عصبته ثم مولى المولى ثم عصبته اعتبارا بعصوبه الميراث
ثم الحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له قال ولا يزوج احد منهم

وصار من هو اقرب منه لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم الاقرب فالاقرب كالميراث
فان استوى اثنان في الدرجة واحدهما يدلي بالابوين والاخر بالاب فالاولى هو الذي يدلي
بالابوين في اصح القولين اعتبارا بالميراث وفيه قول اخر انهما سواء لان الام لا مدخل
لها في ولاية النكاح بحال فلا ترجح بها لو كان لهما مال احدهما خال وان استوى اثنان في الدرجة
والادلاء فالاولى ان يقدم اسنهما واورعهما واعلمهما وافضلهما اي في الديانة لان
الاسن اخبر والاعلم اعرف بشروط العقد والافضل احرص على طلب الحظ ولعلم انه
لا يشترط في التقديم اجتماع هذه الخصال بل ايهما من حصلت منها قدم قال
فان سبق الاخر فزوج صح لان ولايته ثابتة وان تشاحا اقرع بينهما للتساوي بينهما في الحق
فان خرجت القرعة لاحدهما فزوج الاخر فقد قيل يصح لما سبق وقيل لا يصح لانه
يبطل فائدة القرعة ولا يجوز ان يكون الولي عبدا ولا صغيرا ولا سفيها لانه ممنوع من
التصرف لنفسه فلان لا يلي لغيره وقيل يلي السفيه لان الحجر عليه للخوف على المال وقد
امن ذلك في تزويج ابنته وفي المحجور عليه في الفلس طريقان اصحهما انه يزوج قال
ولا ضعيفا اي الذي ضعف عقله لكبره او لشدة المه فلا يعرف موضع الحظ ولا يجوز
ان يكون الولي فاسقا الا في ولاية المال الا السيد في تزويج امته لانه يزوجها بحكم
الملك لانه استعاده به فاشبه الاجارة وقيل لا يزوجها لان تزويجه اياها بحكم
الولاية بدليل المعتقة قال وقيل ان كان غير الاب والجد ولي الحر جاز
ان يكون فاسقا لانه متصرف بالاذن فاشبه الوكيل وقيل عكس ذلك وقيل شارب الخمر
لا يلي خاصة وقيل ان كان محجورا عليه لا يلي والا يلي وقيل غير ذلك فيه قولان احدهما يجوز
ان يكون فاسقا والثاني لا يجوز وقال الغزالي ظاهر نصوص الشافعي رضي الله عنه
فليها وجهان ان الفاسق يلي واختار القفال انه يلي قولا واحدا وهو خلاف النص
فتحصلنا على سبع طرق وهل يجوز ان يكون الولي اعمى قيل يجوز لان مقاصد النكاح
لا تتوقف على البصر ولهذا لا يشترط فيه الرؤية وقيل لا يجوز لاختلاف نظره وفي
ولاية الاخرس وجهان ولا يجوز ان يكون ولي المسلمة كافرا ولا ولي الكافرة مسلما

لان الموالاة بينهما منقطعة بدليل عدم التوارث الا السيد في الامة اي المخالفة في
الدين اذا قلنا يزوج بحكم الملك قال والسلطان يزوج نساء اهل الذمة اي الذين
لا مناسب لهن لعموم ولايته واذا اراد المسلم ان يتزوج ذمية فلا بد من الحاكم ولا يكفي وليها
الكافر على اصح الوجهين وان خرج الولي عن ان يكون وليا انتقلت الولاية الى من بعده
من الاولياء حتى عاد ولايته لو مات وان عضلها وقد دعا الى كفو او غاب عنها زوجها الحاكم
نيابة عنه ولم تنتقل الولاية الى من بعده لان ولايته باقية بدليل ان لو زوجها حيث هو
صح الا انه يستحب للحاكم ان ياذن لمن تنتقل اليه الولاية ليزوجها ليخرج من الخلاف
قال وقيل ان كانت الغيبة الى مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم تزوج حتى تستاذن لانه
كالحاضر وهذا خلاف النص فانه قال اذا كان وليها مفقودا او غائبا بعيدة كانت غيبته
او قريبة زوجها السلطان والعضل امتناع الولي من التزويج من الكفو بعد المرافعة الى
القاضي ويحصل امتناعه بان يقول لا ازوج وسكوته عن جواب القاضي

فصل

ويجوز للولي ان يوكل من يزوج لانه حق له يجوز له الاستنابة فيه كتوكيل الزوج في
القبول وقيل لا يجوز لغير الاب والجد الا باذنها اي في التوكيل لانه متصرف بالاذن
فاشبه الوكيل وقيل لا حاجة الى اذنها في التوكيل لتحقق الاذن في النكاح لانه يصير
كالمجبر وانما الخلاف في انه هل له التوكيل قبل اذنها في التزويج فعلى وجه له ذلك لان
العقد اليه وانما له بشرط وهو اذن المراة فجاز ان يستنيب اليه ثم الوكيل يستاذنها
وعلى وجه ليس له ذلك لانه لا يملك العقد بنفسه فلا يصح توكيله فيه قال
ويجب ان يعين الزوج في التوكيل في احد القولين لانه يحتاج الى شفقة تامة والمجبر
في الاخر لان توكيله يدل على انه علم منه الشفقة التامة ولا يجوز ان يوكل الا من يجوز
ان يكون وليا لانه موجب للنكاح فاشبه الولي وقيل يجوز ان يوكل فاسقا اي وان قلنا
ان الفاسق لا يكون وليا لانه موكل من جهة الولي والولي عدل وليس للولي ولا للوكيل
ان يوجب النكاح لنفسه لانه يتولى الايجاب بالاذن فلا يتولى طرفي العقد كالوكيل
في البيع وقيل يجوز للسلطان اي الامام الاعظم فيمن هو في ولايته لانه لو فوض الى

غيره كان وكيلاً له فكان كالجائز وهذا ضعيف لانه يمكن ان يزوجها الحاكم
بالولاية لا بالوكالة ولا يجوز لاحد ان يتولى الايجاب والقبول في نكاح واحد لا
لقوله صلى الله عليه وسلم كل نكاح لا يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان
وقيل يجوز للجد ان يوجب ويقبل في تزويج بنت ابنه بابن ابنه وهو الصحيح لانه
يتولى طرفي العقد بغير تولية فجاز كما لو باع مال ابنه من نفسه فعلى هذا
هل يحتاج الى القبول فيه وجهان مرتبان على البيع ولا بد من اجتماع ثلاثة شروط
احدها ان لا يكون لهما ابوان حيين من اهل الولاية والثاني ان يكون ابن الابن صغيرا
والثالث ان تكون بنت الابن بكرا او مجنونة قال ولا يزوج احد من الاولياء
المراة من غير كفو الا برضاها ورضا سائر الاولياء الذين هم ولا يتخللهم العقد
وقيل ان البكر لا يجوز تزويجها بغير الكفو وان رضيت قال فان دعت
الى غير كفو لم يلزم الولي تزويجها لما فيه من لحوق العار والكفاءة في النسب والدين
والصنعة والحرية واعلم ان السلامة من العيوب من شرائط الكفاءة اما الجنون
فبالاتفاق واما الجذام والبرص فعلى احد الوجهين ولم يذكره المصنف وكذلك
اليسار على احد الوجهين واصل الكفاءة التساوي ماخوذ من كفتي الميزان قال
فلا تزوج عربية بعجمي اي عربي عجميا كان او غير عجمي ولا قرشية بغير
قرشي ولا هاشمية بغير هاشمي لانتفاء الكفاءة قال النبي صلى الله عليه
وسلم ان الله اختار العرب من سائر الامم واختار من العرب قريشا واختار
من قريش بني هاشم واعلم ان المطلبي كفو للهاشمية لقوله عليه السلام نحن
وبنو المطلب هكذا وشبك بين اصابعه فيدل قوله ولا هاشمية بغير هاشمي
على غير هاشمي ليس من بني المطلب وقيل قريش كلها اكفاء لان الجميع في الخلافة
اكفاء قال ولا عفيفة بفاجر اي امراة عدل بفاسق قال الله تعالى افمن كان
مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون الى قوله هل يستوي اي لا يستوون ولا بنت تاجر او تاجر
وهو البقال بحائك او حجام لانهما دنيئان عرفا بالنسبة اليهما فان زوجها من

غير كفو بغير رضاها او بغير رضا بقية الاولياء فالنكاح باطل لانه عقد في
حق غيره فاذا فرط فيه بطل كما لو باع مال غيره من غير اذنه وقيل فيه
قولان احدهما ان النكاح باطل لما ذكرناه والثاني انه صحيح ولها الخيار اعلم
ان هذا مختص بالمسالة الاولى اذا كان الولي اباً او جداً وهي بكر واما في المسالة
الثانية فالخيار لبقية الاولياء وعلى هذا النقص يوجب الخيار دون البطلان كالعيب في
المبيع فعلى هذا يجب على العاقد فسخ العقد في الحال اذا كانت صغيرة على
احد الوجهين ومنهم من خص قول الصحة بصورة الجهل بعدم الكفاءة وخصصه
في التتمة بالمسالة الثانية فقط

فصل ولا يصح النكاح
الا بحضرة شاهدين ذكرين حرين مسلمين عدلين لقوله عليه السلام لا نكاح الا
بولي مرشد وشاهدي عدل والشاهد العدل من تقبل شهادته فان عقد بشهادة
مجهولين اي مستوري الحال لا يظهر فسقهما جاز على المنصوص لما في اعتبار
العدالة الباطنة من المشقة وقيل لا يجوز لظاهر الخبر فعلى المنصوص لو بان
انهما كانا فاسقين حكم ببطلان النكاح وقيل على القولين وهل يشترط ان لا
يكونا عدوين ولا ابنين ولا ابوين للزوجين فيه وجهان ولا يجوز ان يكون
اعمى ولا اخرس على احد الوجهين كما لا يجوز ان يكون اصم ولا يصح الا على
زوجين معينين اي اما بالاشارة اليهما او بالاسم والنسب لان المقصود اعيانهما
فوجب تعيينهما ويستحب ان يخطب قبل العقد لما روى ابن مسعود قال خطب
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره
ونعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات اعمالنا من يهده الله فلا
مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا
عبده ورسوله قال ابن مسعود ثم تصل خطبتك بثلاث ايات من القران
اتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله كان عليكم رقيبا اتقوا الله
حق تقاته ولا تموتن الا وانتم مسلمون اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم

اعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما
ويستحب ان يضيف الى ذلك في النكاح ما امر الله تعالى به وندب اليه ويقرا
الايات الدالة على ذلك ويذكر طرفا من الاخبار الواردة فيه قال الشافعي ويقول
قبل العقد انكحتك على ما امر الله تعالى به من امساك بمعروف او تسريح باحسان
وروى ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما ولا يصح العقد الا بلفظ التزويج
والانكاح لانه اشتمل على احكام غريبة لا يحيط بجميعها لفظ من جهة اللغة فتعين
اللفظ المحيط بها شرعا وهو لفظ الانكاح والتزويج اذ لم يرد في القران غيرهما
وان قال زوجتكها او انكحتك فقال قبلت ولم يقل نكاحها او تزويجها فقد قيل يصح
لان القبول يرجع الى ما اوجبه كما في البيع وقيل لا يصح لان ذلك صريح والنكاح
لا يحتاط فيه وقيل على قولين ووجههما ما ذكرناه وان عقد بالعجمية وهو يحسن
بالعربية لم يصح لانه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح كما لو عدل
الى لفظ التمليك وان لم يحسن صح على ظاهر المذهب لانه لفظ ليس فيه اعجاز فجاز
بالعجمية عند العجز كتكبيرة الاحرام وقيل لا يصح لانها لما اشترطت العربية شرط فيه عند
القدرة لم يجز بغيرها عند العجز كالقراءة فعلى هذا يوكل العاجز او يتعلم هذا ما حكاه
الشيخ ابو حامد في التعليق وحكى القاضي ابو الطيب انه اذا كان عاجزا جاز وجها
واحدا لان اللغة وضعت على العبارة عما في النفوس فلا يختلف بغير لغة بخلاف
القران فان لفظه معجز وان كان قادرا على العربية فوجهان اصحهما الجواز لان
لفظ النكاح بالعجمية ياتي على ما ياتي عليه لفظه بالعربية فاشبهه وبهذا
فارق لفظ التمليك وهذه الطريقة اصح ولم يذكرها المصنف وحكى بعض
الاصحاب في المسألة ثلاثة اوجه يفرق في الثالث بين القادر والعاجز وحيث صححنا
فان كان احدهما عربيا والاخر عجميا فلا بد من حصول التفاهم بينهما وشهود العقد وقيل
يشترط ان يكون بلغة واحدة

فصل

ويجب تسليم المرأة
في منزل الزوج اي يجب تسليمها اليه اذا طلب احدها الى منزله انفاقه اللهم

الا ان يكون ممن لا يمكن الاستمتاع بها لمعنى يرجى زواله كالمرض والصغر لم يجب
تسليمها ولا يلزمها لانها لا تصلح للاستمتاع قال الشافعي فان كانت ممن يمكن الاستمتاع
بها فان سالت الانظار ثلاثة ايام انظرت لانها مدة قريبة وربما احتاجت تهيئة اسبابها
فيها فهذا الانظار واجب فيما نقله الشيخ ابو حامد ومستحب على قول فيما نقله
القاضي ابو حامد ولا يجب لها النفقة في مدة الانتظار ان قلنا ان النفقة تجب
بالتمكين وتجب ان قلنا انها تجب بالعقد وان كانت امة لم يجب تسليمها الا بالليل
جمعا بين حق الزوج والسيد بقدر الامكان وقيل ان كان لسيدها صنعة كالغزل
والنسج وجب تسليمها ليلا ونهارا وليس بشيء وللسيد ان يسافر بها وليس للزوج
ذلك والمستحب اذا سلمت الى الزوج ان ياخذ بناصيتها اول ما يلقاها ويقول
بارك الله لكل واحد منا في صاحبه لان هذا ابتداء الوصلة بينهما فاستحب له ان
يدعو عنده بالبركة ويملك الاستمتاع بها من غير اضرار اي اضرار لا يحتمل
عادة مثل ان كانت نضو الخلق لا تحتمل الوطء فهو يريد وطئها لقوله تعالى
وعاشروهن بالمعروف وله ان يسافر بها ان شاء لان النبي صلى الله عليه
وسلم كان يسافر بنسائه وله ان ينظر الى جميع بدنها لانه يملك الاستمتاع به
فجاز النظر اليه وقيل لا ينظر الى الفرج لقوله صلى الله عليه وسلم انه
يورث الطمس اي العمى والصحيح هو الاول والحديث غير ثابت ونظرها
الى الزوج كنظره اليها ولا يجوز وطؤها في حال الحيض لما ذكرناه في باب
الحيض ولا في الدبر لقوله صلى الله عليه وسلم ملعون من اتى امراته في
دبرها وحكي عن زيد بن اسلم ونافع اباحته وحكى ابن القاسم عن مالك انه قال
ما ادركت احدا اقتدي به في ديني يشك في حله قال وروي انه سئل عنه
فقال الان اغتسلت منه وحكى محمد بن عبد الحكم عن الشافعي رضي الله عنه انه
قال ليس فيه نص والقياس تحليله قال وهو غلط في النقل فلو وطئها في الدبر
تعلق به جملة احكام الوطء من حيث الاحصان والاحلال والفيئة وزوال

العته ويعتبر صفته الاذن على الصحيح قال وان كانت امة اي زوجته
فله ان يعزل عنها ومعنى العزل ان يجامع فاذا قرب نزول المني تباعد عنها حتى لا ينزل
الماء في الفرج فتحبل دفعا لاسترقاق الولد وله ان يعزل عن امته لان لا تصير ام ولد
فيموت عنها والاولى ان لا يعزل لقوله صلى الله عليه وسلم هو الواد الاصغر
وان كانت حرة لم يجز الا باذنها لانه ليس له عوض صحيح وقيل يجوز من غير اذنها لان
حقها في الاستمتاع دون الانزال وله ان يجبرها على ما يقف الاستمتاع عليه كالغسل
من الحيض لانه متوقف عليه شرعا وترك السكر لانها لا تميز ولا يومن الخبر
عليه واما ما يكمل به الاستمتاع كالغسل من الجنابة واجتناب النجاسات وازالة الوسخ
والاستحداد ففيه قولان احدهما له اجبارها عليه لتوقف كمال الاستمتاع
عليه والثاني ليس له اجبارها اذ لا يتوقف عليه الوطي اما لو تفاحش طول شعر
العانة والاظفار حتى خرج عن العادة فله اجبارها على ازالته قولا واحدا
وعلى الخلاف يخرج منعها من اكل لحم الخنزير وشرب القليل من الخمر
نعم له اجبارها على غسل فمها منه ه ع

باب ما يحرم من النكاح

ولا يصح نكاح المحرم لما مر في الحج قال والمرتد لانه لا يحصل المقصود
اذ هو مقتول والخنثى المشكل وهو الذي له فرج الرجل وفرج المراه ويبول منهما
دفعة واحدة ويميل الى الرجال والنساء ميلا واحدا لاحتمال ان يكون امراه
لو تزوج بامراه او رجلا لو تزوج برجل فلو كان له الة لا تشبه الة الرجال ولا
الة النساء بل ثقب فهو مشكل ايضا ويحرم على الرجل نكاح الام والجدات
والبنات وبنات الاولاد وان سفلوا والاخوات وبنات الاخوات وبنات اولاد الاولاد
وان سفلوا وبنات الاخوة وبنات اولاد الاخوة وان سفلوا والعمات
والخالات وان علون اي العمة اخت الاب او الجد والخالة اخت الام او الجدة لاجماع الامة

عليه ويحرم عليه ام المراه وجداتها اي بمجرد العقد لقوله تعالى وامهات
نسائكم قال وبنتها وبنات اولادها اي يحرم جمع لانه اذا حرم الجمع بين
المراه واختها فلان يحرم الجمع بينها وبين بنتها لان ذلك اولى فان بانت الام منه
قبل الدخول بها حلت له وان دخل بها حرم على التابيد لقوله تعالى وربائبكم
اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح
عليكم ويحرم عليه ام من وطيها بملك او شبهة وامهاتها وبنت من وطيها بملك
او شبهة وبنات اولادها لانه معنى تصير به المراه فراشا فتعلق به تحريم المصاهرة
كالنكاح الا ان الموطوءة بالشبهة لا تصير امها محرما على اشهر القولين وان كانت
محرمة لانه لا يستبيح النظر الى الموطوءة بالشبهة فلا يستبيح بذلك النظر الى
امها او ابنتها فان لمسها بشهوة فيما دون الفرج ففيه قولان احدهما انه لا
يحرم لمفهوم الاية والثاني يلحق بها مباشرة لا تستباح الا بالملك فتعلق
بها تحريم المصاهرة كالوطي وهذا الحكم لو قبلها ولو نظر اليها بشهوة فلا اثر
له وقيل فيه طريقان وقال المسعودي ولنا قول ان الوطي بالشبهة لا
يتعلق به تحريم المصاهرة فان قلنا يتعلق به فالصحيح ان الشبهة تعتبر بالرجل
وقيل بهما كان قال ويحرم عليه زوجة ابيه وازواج ابائه لقوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم قال وزوجة ابنه وازواج اولاده لقوله تعالى
وحلائل ابنائكم قال ومن دخل بها الاب بملك او شبهة او دخل بها اولاده
لما سبق وان تزوج امراه ثم وطيها ابوه او ابنه بشبهة او وطي هو امها
او ابنتها بشبهة انفسخ نكاحها لانه معنى يوجب تحريما موبدا فاذا طرا
على النكاح ابطله كالرضاع ويحرم عليه ان يجمع بين المراه واختها لقوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف قال وبين المراه وعمتها
وبين المراه وخالتها لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المراه على عمتها ولا على
خالتها وما يحرم من ذلك بالنسب حرم بالرضاع لقوله صلى الله عليه وسلم

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذه مسائل ست يقع الفرق فيها احداها
يجوز للرجل ان يتزوج بجدة ابنه من الرضاع ولا كذلك في النسب الثانية يجوز ان يتزوج
اخت ابنه من الرضاع خلاف النسب الثالثة يجوز للمراة ان تتزوج اخا ابنها من الرضاع
ولا يجوز مثله في النسب الرابعة يجوز للرجل ان يتزوج ام اخيه من الرضاع خلاف
النسب الخامسة يجوز له ان يتزوج ام عمه وعمته من الرضاع خلاف النسب السادسة
يجوز له ان يتزوج ام خاله وخالته من الرضاع خلاف النسب قال ومن
حرم نكاحهما ممن ذكرناها حرم وطيهما بملك اليمين لانه اذا حرم النكاح فلان يحرم
الوطي وهو المقصود كان ذلك اولى فاذا ملك اختين ووطي احدهما لم تحل له
وطي الاخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه ببيع او عتق او كتابة او تزويج والا كان
جامعا بين اختين فان خالف ووطيها لم يعد الى وطيها حتى يحرم الاولى والمستحب ان لا
يطا الاولى حتى يستبري الثانية قال وان وطي امة بملك اليمين ثم تزوج
اختها او عمتها او خالتها حلت المنكوحة وحرمت المملوكة لان فراش المنكوحة
اولى لانه يملك به حقوقا لا يملك بفراش المملوكة كالطلاق والظهار واللعان
فثبت الاقوى وسقط الاضعف كملك اليمين فانه لما كان اقوى من حيث انه يملك
به الرقبة والمنفعة فانه اذا طرى على النكاح ثبت وسقط النكاح وان تزوج امراة
ثم ملك اختها لم تحل له المملوكة

فصل

ويحرم على المسلم نكاح
المجوسية خلافا لابي ثور لنا انه وقع الشك في كونهم اهل الكتاب فعلقنا جانب
التحريم في دمائهم فسلكناهم وحكي عن ابي اسحاق انا اذا قلنا كان لهم كتاب حلت
مناكحتهم ووطي امائهم بملك اليمين قال او الوثنية لقوله تعالى ولا تنكحوا
المشركات حتى يؤمن والمرتدة لما سبق والمولودة بين المجوسي والكتابية لان الولد من
قبل الاب وهل يحرم المولودة بين الكتابي والمجوسية فيه قولان احدهما لا لان
الولد من قبل الاب فهذا ينتسب اليه ويشرف بشرفه وهو ممن يحل مناكحتهم
لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم والثاني بلى لانها لم تتمحض كتابية

كالاخوات وبنات الاخوة والعمات وبنات الاعمام للاب او للاب والام
اقرب منهن كالاقرب ه قال في السن والجمال والثيوبة
والبكارة والبلد وكذا العقل والعفة لانه قيمة متلف فاعتبر فيه
الصفات التي تختلف بها الاغراض والاغراض تختلف بهذه الصفات
فوجب اعتبارها ويعتبر بحال الزوج ايضا في اليسار والعلم والنسب
لان المهر يختلف بذلك عرفا ولم يذكر اكثر الاصحاب اعتبار البلد في
نسا العصبات وذكره ابن الصباغ ولو كانت فيها خصلة حميدة ليست
في نسا عصباتها زيد في مهرها وان كان فيها نقص نقص قال
فان لم يكن لها نسا عصبات على تلك الصفات لا في بلدها ولا في غيره
اعتبر بمهر اقرب النسا اليها اي كالامهات والخالات والبنات
فان لم يكن لها اقارب من النسا لا احيا ولا موتى اعتبر بمهر نسا
بلدها لانهن اقرب اليها ثم باقرب النسا شبها بها لانه الممكن واذا
اعسر الرجل بالمهر قبل الدخول ثبت لها خيار الفسخ كما لو افلس المشتري
بالثمن فانه يثبت للبايع الفسخ وان اعسر بعد الدخول ففيه قولان
احدهما لا يثبت الفسخ لان البضع بعد الوطي كالمستهلك فاشبه
ما لو افلس المشتري بالثمن بعد هلاك السلعة والثاني يثبت الفسخ
وهو الصحيح لان البضع لا يتلف بوطي مرة واحدة فجاز الفسخ والرجوع
اليه وقيل القولان فيما قبل الدخول واما بعد الدخول فلا يثبت
قولا واحدا وبعده لا يثبت قولا واحدا وقيل لا يثبت به الفسخ اصلا ه
قال ولا يجوز الفسخ الا بالحاكم لانه مختلف فيه وان اختلفا في
قبض الصداق فالقول قولها لان الاصل عدم قبضه وان اختلفا في
الوطي فالقول قوله لان الاصل عدم الوطي وقيل لنا قول اخر انه ان
كان قد خلا بها فالقول قولها ه وان اتت بولد يلحق به استقر المهر في احد

القولين لان ذلك دليل الوطي ولم يستقر في الاخر لان الولد يلحق
بالامكان واستقرار المهر يتوقف على حقيقة الوطي والاصل عدمه
ومن اصحابنا من نقل الخلاف فيما لو اعترفت ان الولد كان من استدخال
مايه وان اختلفا في قدر المسمى اي ولا بينه تحالفا كما في البيع ويبدا
بيمين الزوج وقيل فيه ثلثه اقوال احدها هذا والثاني يبدا بالمراه
والثالث يتخير بينهما الحاكم وقد بينا ذلك في البيع فاذا تحالفا لم ينفسخ
النكاح لان التحالف يوجب الجهاله بالعوض والنكاح لا يفسد بالجهل
بالعوض ووجب مهر المثل لان المسمى سقط وتعذر الرجوع الى
المعوض فوجب بدله كما لو تحالفا بعد هلاك المبيع في يد المشتري وقيل
ان زاد مهر المثل على ما ادعته المراه لم تجب الزياده وليس بشي قال
ومن وطي امراه بشبهه او في نكاح فاسد او اكره امراه على الزنا وجب
عليه مهر المثل اما اذا فسد النكاح لكونه بغير ولي فلقوله عليه
السلام فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها واما في الباقي فبالقياس
عليه والمعتبر في وجوب المهر بالوطي بالشبهه الاشتباه على المراه كما في
العده وثبوت النسب فان المعتبر فيهما الاشتباه على الرجل والذي
في تحريم المصاهره على احد الاوجه والثاني يعتبر الاشتباه عليهما
والثالث يعتبر الاشتباه على احدهما وان طاوعته على الزنا لم يجب لها
المهر لنهيه عليه السلام عن مهر البغي وقيل ان كانت امه وجب
لان الحق للسيد فلا يسقط باذنها كارش الجنايه والمذهب انه لا يجب
لعموم الخبر ولان الامه تقدر على اسقاط الصداق بغير اذن السيد
بدليل ما لو ارتدت قبل الدخول ولا يتعدد المهر الا اذا تعددت الشبهه
مثل ان وطيها تاره بشبهه وتاره في نكاح فاسد وتاره في بيع فاسد واما
اذا اتحدت الشبهه مثل ان وطيها مرارا في نكاح فاسد لم يلزمه الا مهر

واحد فاما الغاصب فيجب عليه بكل وطي مهر ه

باب المتعة

اذا فوضت المراه بضعها وطلقت قبل الفرض و المسيس وجب لها المتعه
لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا
لهن فريضه ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ٥ وان
سمي لها مهرا صحيحا او وجب لها مهر المثل فطلقت قبل المسيس وجب
لها نصف المهر دون المتعه لمفهوم الايه وحكى الخراسانيون وجها انه
تجب لها المتعه لعموم قوله تعالى وللمطلقات متاع وان طلقت
بعد المسيس فهل تجب لها المتعه مع المهر فيه قولان القديم انه لا
متعه كالتي استوفت نصف المهر وبل اولى والجديد الصحيح ان لها
المتعه لقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن وكان قد دخل بهن
ولان المهر في مقابله الوطي فبقي لها ابتذال عاريا عن البدل فوجب المتعه
وكل فرقه وردت من جهه الزوج باسلام او رده او لعان او خلع او من
جهه اجنبي كالرضاع فحكمه حكم الطلاق في ايجاب المتعه كما ان حكمه
حكم الطلاق في تشطير المهر وحكى الخراسانيون وجها في الخلع اذا
كان معها لانه لا متعه لها وليس بشي لان المغلب في الخلع جانب الزوج
اذ يمكنه الخلع مع غيرها فالحق بالفرقه التي ينفرد بها الزوج ٥ وكل فرقه
وردت من جهه المراه من اسلام او رده او رضاع او فسخ بالعيب
او بالاعسار لم تجب فيها المتعه لان المتعه تجب لاجل ما لحقها من الابتذال
بالعقد وقله الرغبه فيها بالطلاق وذلك حصل بسبب من جهتها فلا
تجب لها المتعه والفرقه الحاصله بالموت لا توجب المتعه لان النكاح
قد بلغ منتهاه فلم يلحقه الابتذال وان كانت امه فباعها المولى من الزوج
وانفسخ النكاح فالمذهب انه لا متعه لها وقيل تجب اي للسيد وقيل

ان كان السيد طلب البيع لم تجب المتعه وان كان الزوج طلب وجبت
لما بيناه في الصداق وتقدير المتعه الى الحاكم بحسب ما يرى على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره وقيل يختلف ذلك باختلاف حال المراه لانه
بدل المهر فاعتبر بحالها كالمهر وقيل يجب اقل ما يقع عليه اسم
اعتبارا باقل الصداق وقيل يعتبر بحال الزوج والزوجه جميعا
والمذهب الاول للايه فان قلنا يعتبر بحالها ففيه وجهان احدهما
يعتبر بنفسها وجمالها والثاني يعتبر بقيمة مثلها وجمالها

باب الوليمه والنثر

الوليمه كل طعام يتخذ لحادث سرور الا ان استعماله في طعام العرس
اظهر قال الوليمه على العرس واجبه على ظاهر النص لقوله
عليه السلام لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه اولم ولو بشاه وقيل
لا تجب وهو الاصح لقوله عليه السلام ليس في المال حق الا الزكاه
والقياس وقيل هي فرض على الكفايه اذا فعلها واحد او اثنان في الناحيه
او القبيله وشاع وظهر سقط الفرض عن الباقين والسنه ان
يولم بشاه فما زاد للخبر وباي شي اولم من الطعام جاز اولم رسول الله
صلى الله عليه وسلم على صفيه بسويق وتمر في السفر وهذا اقل
من قيمه الشاه في العاده وقال ابن الصباغ اقل الوليمه للمتمكن
شاه فان لم يتمكن من ذلك اقتصر على ما يمكن او يقدر عليه قال
والنثر مكروه لان التقاطه دناءه ولانه قد ياخذه من غيره احب اليه وقال
الغزالي لا يكره وقال الصيمري التقاطه مكروه ونثره سنه لان
النبي عليه السلام نثر لما زوج ابنته فاطمه رضي الله عنها وهل
يزول ملك الناثر عما نثره بالنثار فيه وجهان فان قلنا لا يزول فلو التقطه

انسان وهل له ان يسترجعه منه فيه وجهان اصحهما انه ليس له
ذلك والثاني له ذلك لانه لم يملكه باق فيه قال ومن دعي الى وليمه
لزمه الاجابه لقوله عليه السلام اذا دعي احدكم الى وليمه فلياتها وقيل
هي فرض على الكفايه لان القصد الاظهار وذلك يحصل بحضور البعض
وقيل لا يجب لان الحضور للاكل هو تملك مال او اتلافه على حكم الاباحه
وذلك لا يجب على الانسان والخبر محمول على تاكيد الاستحباب وكراهه
الترك قال ومن دعي في اليوم الثاني استحب له ان يجيب ومن دعي
في اليوم الثالث فالاولى ان لا يجيب لقوله عليه السلام الوليمه في
اليوم الاول واجبه وفي الثاني مستحبه وفي الثالث ريا وسمعه وقيل
ان هذا من قول الحسن وان دعي مسلم الى وليمه كافر لم يلزمه لان الاجابه
للتواصل واختلاف الدين يمنع منه وقيل يلزمه لعموم الخبر وقيل انه
مكروه والخبر محمول على المسلم ومن دعي الى وليمه غير عرس
وجبت عليه الاجابه فيما نقله الشيخ ابو حامد ولم تجب فيما نقله ابن الصباغ
وحكى في التتمه طريقان احدهما انها على القولين والثاني لا تجب
وقال ايضا اذا قلنا وليمه العرس واجبه وجبت الاجابه قولا واحدا
قال ومن دعي وهو صايم صوم تطوع استحب له ان يفطر لانه
يدخل على من دعاه السرور ولا يجب لانه قربه فلا يلزمه قطعها
وان كان مفطرا لزمه الاكل لما روى ابو هريره رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم الى طعام فان كان مفطرا فليا كل
وان كان صايما فليصل اي فليدعو وقيل لا يلزمه لما روى جابر ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي احدكم الى طعام فليجب فان شا
طعم وان شا ترك وان دعي الى موضع فيه معاص من زمر او خمر
ولم يقدر على ازالتها فالاولى ان لا يحضر لان النبي عليه السلام نهى

ان يجلس الرجل على ما بين يديه (؟) بدار منها الخمر قال وان حضر فالاولى
ان ينصرف لئلا يشاهد المنكر فان قعد ولم يستمع واشتغل بالاكل
والحديث جاز لانه غير قادر على ازالته ولا هو مباشر له ولعلم
ان هذا اضعف الوجهين والصحيح انه لا يجوز له الحضور لعموم الخبر
وان حضر في موضع فيه صور حيوان فان كان على بساط يداس او مخاد
توطى جلس وان كان على حايط او ستر معلق لم يجلس لان ما على الحايط
والستر كالصنم بخلاف ما يداس ويوطى قال ابن الصباغ هذا لا يكون
اكثر من الخمر والمعاصي وقد جوز له الدخول قال والنهي الوارد في
الصور عندي نهي كراهة لا نهي حرمة وقال الاصطخري تحريم
اتخاذ صور الحيوان كان في ابتدا الاسلام قطعا لهم عن عبادتها وقال
ابو حامد المروزي ان كان صورة حيوان لم يشاهد مثله كصورة
انسان له جناح طاير جاز وليس بشي

باب عشرة النسا والقسم والنشوز

يجب على كل واحد من الزوجين معاشرة صاحبه بالمعروف وبذل ما
يجب عليه من غير مطل ولا اظهار كراهية اما الزوج فلقوله تعالى
وعاشروهن بالمعروف واما الزوجة فبالقياس عليه ولا يجوز ان
يجمع بين امراتين في مسكن واحد الا برضاهما لانه ليس من العشرة
بالمعروف هذا اذا لم ينفصل المرافق فاما اذا انفصلت المرافق فيجوز
لانه كالمسكنين ويجوز ان يطا احدهما بحضرة الاخرى لما سبق
وله ان يمنع زوجته من الخروج من منزله لقوله عليه السلام حق الزوج
على زوجته ان لا تخرج من بيتها الا باذنه فان مات لها قريب استحب
له ان ياذن لها في الخروج لان منعها يودي الى النفور ولا يجب عليه ان

يقسم لنسايه لان القسم حقه فجاز له تركه وان اراد القسم لم يبدا بواحدة
منهن الا بقرعة اي بالاذن من البا قيات لما في ذلك من التنفير
وقال في التتمة هو مكروه ويقسم للحايض والنفسا والمريضة
والرتقا والمجنونة التي لا يخاف منها لان المقصود الايوا والانس
وذلك يحصل مع هولا ويقسم للحرة ليلتين وللامة ليلة لقوله
عليه السلام للحرة ثلثا القسم وللامة الثلث ولا يجب عليه اذا قسم ان يطا
لان ذلك مبني على المحبة والشهوة وذلك ليس اليه غير ان المستحب ان
يسوي بينهن في ذلك اذا امكنه لانه اكمل في العدل وان
سافرت المراة بغير اذنه سقط حقها من القسم لنشوزها وان سافرت
باذنه في حاجتها سقط قسمها وكذا نفقتها في احد القولين وهو
الاصح لان ذلك في مقابلة الاستمتاع وقد تعذر ولا يسقط ذلك في
الاخر لانها سافرت باذنه فصار كما لو سافرت باذنه لحاجة له وان
امتنعت من السفر مع الزوج سقط حقها من القسم لنشوزها
فان اراد ان يسافر بامراة لم يجز الا بقرعة اقتدا برسول الله صلى
الله عليه وسلم فان سافر بواحدة من غير قرعة قضى لانه قسم بغير
قرعة فقضا كما في الحضر وان سافر بالقرعة لم يقض اذا لم ينقل
عن النبي عليه السلام وقيل ان كان في مسافة تقصر فيها الصلاة
قضى لانه في حكم الحضر وان اراد الانتقال عن بلد الى بلد فسافر
بواحدة وبعث البواقي مع غيره فقد قيل يقضي لهن لانه لا بد له من
المسافرة بهن فيكون تخصيص واحدة منهن بان يكون معه تخصيص
واحدة بالمقام عندها في الاقامة وقيل لا يقضي اذا كان قد سافر بها
بالقرعة كغير سفر النقلة ومن وهبت حقها من القسم لبعض ضراتها
برضا الزوج جاز لان سودة وهبت يومها وليلتها من عايشة بعد ذلك

قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو ابت الموهوب لها فللزوج ان
يجبرها على ذلك ومتى يقسم لها الليله الموهوبه فيه وجهان احدهما
في الليله التي كانت للواهبه والثاني انه يضمها الى ليله الموهوب لها
ولا يفرق بينهما قال وان وهبت من الزوج جعله لمن شا منهن
لان الحق للواهبه وقد جعلته للزوج فله ان يجعله لمن شا وقيل ليس له
التخصيص وان رجعت في الهبه عادت الى الدور من يوم الرجوع لان الهبه
لم يتصل بها القبض وعماد القسم الليل لمن معيشته بالنهار قال الله
تعالى وهو الذي جعل لكم الليل لتسكنوا فيه فان دخل في النهار الى غير
المقسوم لها لحاجه جاز لما روي عنه عليه السلام وهل يجوز له ان يقبلها
فيه وجهان وان دخل لغير حاجه لم يجز فان خالف واقام عندها يوما او
بعض يوم لزمه قضاه للمقسوم لها لانه ترك الايوا المقصود وقيل لا
يقضي لان النهار تابع لليل وان دخل في الليل لم يجز الا لضروره كما
لو اكرهه السلطان او مرض وخاف ان يموت من غير وصيه فان
دخل اي لغير ضروره واطال قضى لما بيناه وان دخل لضروره فهل يقضي
فيه وجهان وان دخل وجامعها وخرج فقد قيل لا يقضي لان الوطي
لا يقضي وزمانه يسير لا ينضبط وقيل يقضي بليله لان الجماع
معظم المقصود وقيل يقضي بان يدخل في نوبه الموطوه فيجامع كما
جامعها لانه العدل وان كان الوطي في النهار جا الوجه الاول
والثالث ولا يجي الثاني

فصل

وان تزوج امراه
وعنده امراتان وقد قسم لهما قطع الدور للجديده فان كانت بكرا اقام
عندها سبعا ولا يقضي لما روي عن انس انه قال من السنه ان يقيم عند
البكر اذا تزوجها على الثيب سبعا ولو شيت ان ارفعه الى رسول الله
لرفعته وان كانت ثيبا فهو بالخيار بين ان يقيم عندها سبعا ويقضي

وبين ان يقيم عندها ثلثا ولا يقضي لان النبي عليه السلام خير ام سلمه
حين تزوجها بين الامرين وفيما يقضيه وجهان احدهما
السبع والثاني ما زاد على الثلث وهو اربع ولا فرق بين ان تكون
الجديده حره او امه قال ابن ابي هريره الامه فيه على النصف
من الحره ويكمل الكسر لان اليوم لا يتبعض وقيل لا يكمل الكسر
قال ويجوز ان يخرج بالنهار لقضا الحاجات وقضا الحقوق لحاجه
الى ذلك وان تزوج امراتين وزفتا اليه في زمان واحد اقرع بينهما
لحق العقد وان اراد سفرا اي قبل القسم فاقرع بينهما فخرج السهم
لاحدى الجديدتين سافر بها ويدخل حق العقد في قسم السفر لان
المقصود من الحيا والحشمه وقد حصل به واذا رجع قضا حق العقد
للاخرى لانه سبق استحقاقه على قسم السفر وقيل لا يقضي لان مقام
تلك المده مع الزوج كان بسبب السفر والقرعه فلا يكون مشروطا
بالقضا كما لو كانتا قديمتين فسافر باحداهما وان كان له امراتان
فقسم لاحداهما وطلق الاخرى قبل ان يقضي لها اثم لمنعه حقها
فان تزوجها اي في تلك في نكاحه لزمه ان يقضيها حقها ومن
ملك اما لم يلزمه ان يقسم لهن اذ لا حق لهن في المستحب ان لا يعطلهن
حذارا من وقوعهن في الفجور وان يسوي بينهن حذارا عن الايذا ولا يجب
ذلك عليه لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحده او ما ملكت ايمانكم
ولا يجب القسم بين الزوجات

فصل

واذا ظهر
من المراه امارات النشوز اما بقول مثل ان كانت اذا دعاها اجابته
بالتلبيه ثم صارت لا تلبيه او ساول عليه وتدافعه واما بالفعل
مثل ان كانت عادتها اذا دعاها الى الفراش اجابته طلقه الوجه
ثم صارت بعد ذلك تاتيه متكرهه فعند ذلك يعظها بالكلام اي

يقول ما الذي منعك عن معرفته منك اتق الله فان حقي واجب
عليك وطاعتي عليك فرض ونفقتك تسقط عني وما شابه ذلك
لقوله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ولا يضربها
لجواز ان لا يكون نشوزا وقيل له ان يجمع بين الوعظ والهجران وليس
بمشهور والنشوز ماخوذ من النشز وهو ما ارتفع من الارض
فكان المراه اذا كرهت زوجها فقد ترفعت عليه قال فان
ظهر منها النشوز اي مثل ان دعاها الى الفراش فامتنعت عليه
وما جانس ذلك وتكرر هجرها في الفراش دون الكلام وضربها
ضربا غير مبرح اي غير متلف لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع
واضربوهن وفي عدده وجهان احدهما دون الاربعين والثاني
دون العشرين وان ظهر النشوز مرة واحدة ففيه قولان احدهما
يهجرها ولا يضربها لان جنايتها لم تتاكد فعلى هذا يصير معنى الايه
فعظوهن ان يأتين امارات النشوز واهجروهن اذا امتنعن واضربوهن
ان اصررن والثاني يهجرها ويضربها وهو الاصح لظاهر الايه ولا
يثبت للزوج هذه الولايه بغير النشوز كقذف فضاله اولغيره ولو اراد هجرانها
بالكلام محرم عليه ان يزيد على ثلثه ايام فان منع الزوج حقها
اسكنها الحاكم الى جنب ثقه ينظر اليها ويلزمه الحاكم الخروج من حقها
هذا اذا لم يثبت عند الحاكم ذلك فاما لو ثبت عنده ذلك فانه يزجره
فان عاد عزره وان ادعى كل واحد منهما على صاحبه الظلم والعدوان
اسكنها الحاكم الى جنب ثقه ينظر في امرها ويمنع الظالم منهما
من الظلم اي ينظر الثقه ويعرف الحاكم ثم الحاكم يمنع الظالم قال
وان بلغا الى الشتم والضرب بعث الحاكم حرين عدلين مسلمين والاولى
ان يكونا من اهلها لانهما اعلم ببواطن امورهما ويفعلان ما فيه

المصلحه من الاصلاح او التفريق لقوله تعالى وان خفتم شقاق
بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا
يوفق الله بينهما وهما وكيلان لهما في احد القولين لان
الطلاق لا يدخل تحت الولايه فعلى هذا لا بد من رضاهما فيوكل
الزوج حكما في الطلاق وقبول العوض وتوكل المراه حكما
في بذل العوض فان قيل لم لا يجوز ان يكونا عبدين او فاسقين
على هذا القول قلنا انما يجوز ان يكون الوكيل فاسقا او عبدا
اذا انفرد الموكل بتوكيله اما ما للحاكم فيه نظر فلا قال
وهما حاكمان من جهه الحاكم في القول الاخر فيجعل الحاكم
اليهما الاصلاح والتفريق من غير رضا الزوجين وينبغي ان يخلوا
كل واحد من الحكمين باحد الزوجين ما عنده ثم يجتمعان
ويتشاوران ثم يفعلان ما يودي اليه اجتهادهما قال
وهو الاصح لظاهر الايه وان غاب الزوجان او احدهما قبل الاخر
لم ينقطع نظرهما على القول الاول كغيرهما من الوكلا
وينقطع على القول الثاني لان الحكم للغايب لا يصح ويشترط ان
يكونا فقيهين على القول الثاني ولا يشترط على القول الاول
واما لم يشترط ان يكونا من اهل الزوجين لان ذلك
ليس بشرط في الوكيل ولا في الحاكم

باب الخلع

واشتقاقه من الخلع وهو النزع والخلع في الشرع
مفارقه الزوجه على مال وسمي خلعا لان المراه تخلع لباسها
من لباس الزوج قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن
قال يصح الخلع من كل زوج بالغ عاقل اي اذا كان مختارا لانه

يستقل بالطلاق مجانا فمع العوض اولى ويكره الخلع لما فيه من مقطوع
محبوب الرب تعالى قال الا في حالين احدهما ان يخافا او احدهما
ان لا يقيما حدود الله اي ما افترضه في النكاح لقوله تعالى ولا يحل
لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله
فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والثاني
ان يحلف بالطلاق الثلث على فعل شي لا بد منه فيخالعها ثم يفعل المحلوف
عليه ثم يتزوجها فلا حنث لكونه وسيلة الى التخلص من وقوع الطلاق
الثلث فان خالعها ولم يفعل المحلوف عليه وتزوجها ففيه قولان
اصحهما انه تخلص من الحنث سيتضح في باب الشرط في الطلاق ان شا
الله تعالى فان كان الزوج سفيها فخالع صح خلعه لانه مستقل بالطلاق
مجانا فمع العوض اولى ولزم دفع المال الى وليه كغيره من امواله ٥
فان كان عبدا وجب دفع المال الى مولاه لانه المستحق له الا ان يكون
ماذونا له فيجوز التسليم اليه لتحقق اذن المستحق ويصح بذل العوض في
الخلع من كل زوجة جايز التصرف في المال لانه تصرف في المال
فان كانت سفيهة لم يجز خلعها لانها ليست من اهل التصرف في المال
فان طلقها على شي من مالها بعد الدخول وقع الطلاق لانه لا سبيل
الى رفعه بعد تمام الايقاع وقد تجرد عن العوض فكان رجعيا فان كانت
امة فخالعت باذن السيد لزمها المال في كسبها او في ما في يدها من
مال التجارة فان لم يكن لها كسب ولا مال في يدها للتجارة ثبت في ذمتها
الى ان تعتق لان العوض في الخلع كالمهر في النكاح والمهر في نكاح
العبد يجب على هذا الوجه فكذا هاهنا فان خالعت بغير اذنه ثبت
العوض في ذمتها الى ان تعتق دفعا للضرر عن السيد والزوج بقدر
الامكان قال الغزالي المشهور من المذهب انه يثبت في ذمتها

مهر المثل اذ المسمى فاسد لانها ليست من اهل الالتزام وان
كانت مكاتبة فخالعت بغير اذن السيد فهي كالامة نظرا للسيد
وان خالعت باذنه فقد قيل هو كهبتها وفيها قولان وقيل لا يصح قولا
واحدا والفرق ان الخلع يقطع عنها حقوق النكاح ولا قربة فيه
بخلاف الهبة والطريق الاول اصح لانه اذا جازت الهبة مع انه لا
يعود شي فلان يجوز الخلع مع ان فيه عود البضع كان اولى واعلم
انه ليس معنى قولنا هنا انه لا يصح ان يبطل الخلع بل يريد انه لا يصح الاذن
وتفسد الخلع ويكون الحكم فيه كالحكم فيما لو خالعت بغير اذنه وليس
للاب والجد ولا لغيرهما من الاوليا ان يخالع امراة الطفل ولا ان يخلع
الطفلة بشي من مالها لانه اضرار فلو فعل ذلك في الطفلة وقع الطلاق
وله ان يراجعها ان كان بعد الدخول عند العراقيين ولا يقع عند
بعض الخراسانيين وقيل اذا قلنا الذي بيده عقدة النكاح هو الولي
فله ان يخلعها بالابرا من نصف صداقها وليس بشي لانه انما يملك
الابرا على هذا القول بعد الطلاق وهذا ليس كذلك ٥ ويصح الخلع مع
الزوجة لما سبق ومع الاجنبي اي على الصحيح لانه بذل في مقابلة عوض
صحيح وهو تخليصها منه ويصح بلفظ الطلاق وبلفظ الخلع فان كان
بلفظ الطلاق فهو طلاق وقيل اذا قلنا الخلع صريح في الفسخ لا
يكون طلاقا وان نواه به قال الغزالي فهو ظاهر المذهب
لانه وجد نفاذا في موضعه فاشبه ما اذا نوى الطلاق بلفظ الظهار
والصحيح الاول والفرق ان الفسخ مشابه للطلاق بدليل ثبوت
التحريم والعدة فعملت نيته بخلاف الظهار ولان الطلاق يختص بالنكاح
فلا يجعل ما هو صريح فيه صريحا في حكم اخر والفسخ لا يختص بالنكاح
قال وان لم ينو به الطلاق ففيه ثلثة اقوال احدها انه طلاق قاله

في الاملا لانها بذلت العوض في مقابلة ما تملكه من الفرقة وهي
هي الطلاق دون الفسخ والثاني انه فسخ وهو القديم لانها فرقة
عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ والثالث
انه ليس بشي اي لا تقع فرقة لا بطريق الفسخ ولا بطريق الطلاق
لانه كناية في الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة **فصل**
ولا يصح الخلع الا بذكر العوض لانه احد العوضين وقيل ان كان
بلفظ الخلع كان موجبا له من غير ذكره تشبيها له بالنكاح فان
قال انت طالق وعليك الف وقع الطلاق رجعيا ولا شي عليها لانه
اوقع الطلاق مجانا ثم استانف ايجابا عن ايجاب العوض من غير طلاق
فاشبه ما لو قال وعليك حج وان قال ضمنت لا الف لم يصح الضمان لانه لا
ضمان ما لم يجب فاذا دفعتها اليه كانت هبة يشترط فيها شرايط الهبة
نعم لو قالت طلقني طلقة بالف فقال انت طالق وعليك الف استحق
الالف لكن بقوله انت طالق اذ السوال كالمعاد في الجواب قال في الام
ولو قال انت طالق على ان لي عليك الفا فضمنت في الحال وقع الطلاق
لان على كلمة شرط فجري مجرى قوله انت طالق على الف بخلاف قوله
وعليك الف فانه استيناف لا شرط قال ولو قال انت طالق
على الف بخلاف قوله وعليك الف فقبلت بانت ووجب المال اما وجوب
المال عليها فلقبولها واما البينونة فلان الخلع يوجب البينونة
لقوله تعالى فيما افتدت به سماه فدا وانما يكون فدا اذا خرجت
عن قبضته وسلطانه فما دامت له الرجعة فهي في سلطانه فوجب
ان لا تثبت الرجعة وهو معني البينونة قال ويجوز على
الفور وعلى التراخي اي الخلع منه ما يكون القبول فيه على التراخي ثم بين
ذلك فقال اذا قال خالعتك على الف او انت طالق على الف

او ان ضمنت لي الفا او ان اعطيتني الفا او اذا اعطيتني الفا
فانت طالق لم يصح حتى يوجد القبول او العطية عقيب الايجاب
وله ان يرجع فيه قبل القبول اما الصورتان الاولتان فالحكم
فيهما كما ذكرناه لا اختلاف اصحابنا فيه لانه معاوضة فجاز الرجوع
فيها قبل القبول واشترط فيها القبول على الفور كما في البيع اما
الصورة الثالثة والصورة الرابعة فالذي ذكره الشيخ ان له الرجوع
قبل القبول فانه يشترط العطية والضمان عقيب الايجاب لان ان
تحتمل الفور والتراخي فاذا تجردت عن العوض حملناها على التراخي
لاحتمالها ذلك واذا ذكر العوض صار تمليكا بعوض فاقتضى
الجواب على الفور كساير التمليكات الا ان الجواب في التعليق بالاعطا
بالفعل لا بالقول وذكر الغزالي انه ليس له الرجوع قبل الاعطا
لانه تعليق محض ويختص الاعطا بالمجلس لقرينة العوض وفيه وجه
اخر انه لا يختص بالمجلس كساير التعليقات فان قيل اذا كان
الاعطا ممن له القبول فاذا علق باعطا الف فاعطته الفا فاملكها
حتى تملك من ابدالها بالف اخرى قلنا نعم يتعين ملكه فيها على اصح
الوجهين فان قيل لو اعطت الفين ينبغي ان لا تقع كما لو باعه بالف
فقبل بالفين قلنا بعض الاصحاب قال يتحقق الفرق على المذهب
ان السوال مبني على الايجاب فاذا خالفه لم يصح وهنا وان كان فيه معنى
العوض لكن المغلب فيه معنى الصفة فوقع لوجود الصفة واما
الصورة الخامسة وهو تعليق باذا فقد جعلها الشيخ هنا ملحقة
بان وكذلك ابن الصباغ لانها ليست صريحة في تناول الازمان واختار
الشيخ في المهذب انها ملحقة بمتى لانها تسد مسدها في قبول الفاظ
متى الفاظ فانه يحسن ان يقال اذا شيت كما يحسن ان يقال متى شيت

بخلاف ان فانها لا تحسن ان يقال في جوابها ان شئت قال وان
قال متى ضمنت لي الفا او متى اعطيتني الفا فانت طالق جاز القبول
في اي وقت شاءت والقبول في الصورة الاولى ان تقول ضمنت لك الفا
وفي الثانية ان تعطيه الالف وليس للزوج ان يرجع في ذلك
لان متى صريحة في الازمان فلا يجوز صرفها الى الحال على التعيين بالقرينة
وهي على حقيقة التعليق فانبنى عليه عدم جواز الرجوع فيه وعدم
اشتراط القبول في الحال وهكذا الحكم لو قال اي وقت قال
الغزالي ولو قالت متى طلقتني فلك علي الف اختص الجواب بالمجلس بخلاف
جانب الزوج لان المغلب على جانبه التعليق وعلى جانبها المعاوضة
واذا قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق على الف ففيه وجهان
احدهما يصح والثاني لا يصح فعلى هذا اذا وجد الشرط وقع الطلاق
ووجب مهر المثل **فصل** وما جاز ان يكون
صداقا من قليل وكثير ودين وعين ومال ومنفعة يجوز ان يكون
عوضا في الخلع وما لا يجوز ان يكون صداقا من حرام او مجهول
لا يجوز ان يكون عوضا في الخلع لانه عقد على منفعة البضع فاشبه
النكاح فان ذكر مسمى صحيحا استحقه وبانت المراة لما سبق
وان خالعها على مال وشرط فيه الرجعة سقط المال وثبتت الرجعة
في اصح القولين لان شرط العوض والرجعة يتنافيان فسقطا وبقي
مجرد الطلاق وفيه قول اخر انه لا تثبت الرجعة ويسقط
المسمى ويجب مهر المثل لان الخلع لا يبطل بالعوض الفاسد فلا يبطل
بالشرط الفاسد كالنكاح وان ذكر بدلا فاسدا بانت ووجب مهر
المثل لانه عقد على البضع فلا يفسد بفساد العوض ويكون موجبا
لمهر المثل كالنكاح ٥ وقال ذكر بدلا فاسدا بانت وقال الغزالي هذا

اذا كان الفساد لجهالة العوض اما لو خالعها على خمر او خنزير
فقولان احدهما يرجع الى مهر المثل والثاني قيمته كما في الصداق
ومن اصحابنا من قال يقع الطلاق رجعيا وهو بعيد ولو خالعها
على دم وقع الطلاق رجعيا لانه لا يقصد بحال بخلاف الخمر واما الميتة
فهي كالخمر نص عليه لانها تقصد لطعمة الجوارح قال وان
قال ان اعطيتني عبدا ولم يصفه ولم يعينه فانت طالق فاعطته عبدا
بانت ولكنه لا يملكه الزوج بل يرده ويرجع بمهر المثل واعطاؤها
ان يضع بين يديه ويأذن في قبضه اخذ او لم ياخذ وانما حكمنا
بوقوع لوجود الصفة وحصلت البينونة لانه طلاق بعوض وانما لم
يملكه ورجع بمهر المثل لانه عوض مجهول تعذر الرجوع الى
قيمته ٥ وان اعطته مكاتبا او مغصوبا لم تطلق لان الاعطاء ينبني على
ما تقدر المراة على تمليكه وقيل تطلق لوجود الاسم ٥ وان خالعها
على عبد موصوف في ذمتها فاعطته معيبا بانت وله ان يرده ويطالب
بعبد سليم ٥ وصورة المسالة ان يقول خالعتك على عبد من صفته
كيت وكيت ويذكر صفات السلم فيقول قبلت فهاهنا يعتبر عند القبول
استحق في ذمتها العبد الموصوف فاذا اتت بمعيب كان له رده والمطالبة
بما في ذمتها كما في السلم ٥ ان قال ان اعطيتني عبدا من صفته
كذا اي وذكر صفات السلم فانت طالق فاعطته اي على الفور عبدا على
تلك الصفة بانت لوجود الصفة فان كان معيبا فله ان يرده ويرجع
بمهر المثل في احد القولين وبقيمة العبد في القول الاخر ولا يرجع
بعبد سليم كما في المسالة قبلها والفرق ان هناك التزمت العبد الموصوف
في ذمتها فاشبه السلم وهاهنا لم يلتزم في ذمتها وانما وقع الطلاق
عند تسليمه لوجود الصفة وتعين تسليمها فاشبه المعين في العقد

وان قال ان اعطيتني هذا العبد فانت طالق فاعطته وهي تملكه بانت
لما سبق وان كان معيبا فله ان يرده ويرجع بمهر المثل في احد القولين
وبقيمته في الاخر كما في نظيره من الصداق وحكى ابن الصباغ عن
ابن ابي هريرة انه يجي على القول القديم انه لا يرد ولكن يرجع بارش
العيب وان اعطته وهي لا تملكه بانت وقيل لا تطلق كما لو لم يعين العبد وليس
بشي لان هناك اطلق العقد يحمل على ما يقتضيه العقد وهو دفع عبد تملكه
وهنا عينه صريحا فتعلق بعينه وان خالعها على ثوب اي معين على انه
هروي فخرج مرويا بانت وله الخيار بين الرد وبين الامساك لان جنسهما
واحد وانما ذلك اختلاف صفة يجري مجرى العيب وان خرج كتانا
بانت لان فساد العوض لا يوجب فساد الخلع ويجب رد الثوب ويرجع الى
مهر المثل في احد القولين والى قيمته في القول الاخر لان العوض قد
فسد لان الهروي من القطن وهو مع الكتان جنسان بخلاف الهروي
مع المروي وقيل هو بالخيار بين الامساك وبين الرد كما لو خرج
مرويا اذ العين واحدة وانما اختلفت الصفة ونظير هذه المسالة
ما لو قال بعتك هذا الحيوان على انه بغل فاذا هو حمار فيه وجهان
احدهما ان البيع صحيح ويثبت الخيار فعلى هذا يصح الخلع ويثبت
الخيار والثاني ان البيع باطل فعلى هذا يفسد العوض في البيع دون
الخلع اذ الخلع لا يفسد بفساد العوض بخلاف البيع فان قيل الفرق
اذا رد العبد الذي علق الطلاق باعطايه بالعيب وجب ان يرتفع الطلاق
كما اذا رد السيد النجوم على العبد بالعيب يرتفع العتق قلنا
الفرق ان المغلب على الكتابة الصحيحة حكم المعاوضة ولهذا لو كاتبه على
مال فابراه منه عتق والمغلب على الخلع حكم التعليق ولهذا لو علق
طلاقها على مال في ذمتها ثم ابراها عنه لا تطلق بل نظير الخلع الكتابة

الفاسدة **فصل** فان قالت طلقني ثلاثا على الف
وهو يملك عليها ثلاثا فطلق طلقة استحق ثلث الالف وهذا بخلاف ما
لو قال الزوج طلقتك ثلاثا على الف فقالت قبلت واحدة بثلث الالف فانه
لا يقع شي والفرق ان الزوج يملك تعليق الطلاق فاذا علقه بعوض
صار مشروطا بقبوله فاذا قبلت بعضه لا يصح واما المراة فلا تملك
التعليق وانما يصح منها الاستدعا والالتماس فينزل منزلة ما لو قالت
رد عبيدي الثلث بالف فرد واحدا فانه يستحق ثلث الالف ولو قالت
طلقني ثلاثا بالف وهو يملك عليها واحدة فطلقها واحدة استحق
الالف لانه حصل بهذه الطلقة مقصود الثلث هذا نصه وقيل
ان كانت جاهلة بحقيقة الحال لم تستحق الا ثلث الالف وقال
المزني لا يستحق الا ثلث الالف علمت او جهلت وعلى هذا الخلاف يخرج
ما لو كان قد بقي له عليها طلقتان قال وان قالت طلقني طلقة
اي بالف فطلقها ثلاثا استحق الالف كما في نظيره من الجعالة ٥ وان
وكلت المراة في الخلع اي واطلقت لم يخالع الوكيل على اكثر من مهر
المثل كما لو قال اشتر لي هذا واطلق فانه ينصرف الى ثمن المثل فان
نقص صح الخلع لانه زادها خيرا وان زاد اي على مهر المثل بانت
ووجب مهر المثل لفساد العوض قال الشيخ ابو حامد في
المسالة قول ثاني ان لها الخيار ان شاءت فسخت المسمى وكان عليها مهر المثل
وان شاءت سلمت ما سمى الوكيل قال فان قدرت له العوض فزاد عليه
وجب مهر المثل في احد القولين لان التسمية فاسدة ووجب مهر المثل
كما لو سمى خمرا او خنزيرا ويجب في الثاني اكثر الامرين من مهر
المثل او القدر المادون فيه من حيث انها رضيت بذلك القدر قال في
التتمة هذا اذا كان المسمى غير ناقص عن مهر المثل اما اذا كان ناقصا

عنه فلا يوجب له الزياده واما الوكيل فانه وان ضمن العوض في
ذمته رجع الزوج عليه بالزياده والا فلا قال وان خالع على
عوض فاسد وجب مهر المثل وهذا خلاف ما لو خالع الوكيل الزوج على
خمر او خنزير فانه لا يقع الطلاق والفرق ان وكيل الزوج يوقع
الطلاق بالخمر والخنزير وهو غير ماذون فيه ووكيل المراه لا يوقع
الطلاق وانما يقبله فاذا فسد العوض رجع الى مهر المثل وصار كما
لو قبلت هي بالخمر والخنزير وخالف المزني وقال لا يقع الطلاق في
الصورتين ولا فرق بينهما وحكى في الحاوي في صوره وكيل المراه وجهان
احدهما لا يقع الطلاق والثاني يقع وهل يجب المهر فيه وجهان
قال ــــــ وان وكل الزوج في الخلع اي واطلق فنقص عن مهر المثل
وجب مهر المثل في احد القولين لان الطلاق ماذون فيه فاذا وقع
لا يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض
فاسد والقول ــــــ الثاني ان الزوج بالخيار بين ان يقر الخلع على ما عقد
عليه وبين ان يترك العوض ويكون الطلاق رجعيا لان الطلاق لا يمكن
رفعه بعد وقوعه ولا يمكن اجبار الزوج على المسمى لانه دون
الماذون فيه عرفا ولا يمكن اجبار المراه على مهر المثل لانها لم ترض
فخير بين امرين لنزول الضرورة عنهما بقدر الامكان وحكى في
المسله قولان اخران احدهما انه بالخيار بين ان يقر الخلع على ما عقد
عليه وبين ان يترك العوض ولا يحكم عليه بوقوع الطلاق والثاني انه
يقع باينا ويتخير بين المسمى ومهر المثل وان قدر له البدل فخالع باقل
منه او على عوض فاسد لم يقع الطلاق لانه خالف نصه فاشبه المجتهد
اذا خالف النص ويخالف صوره الاطلاق لانه ثم اذا نقص لا يكون مخالفا
لنصه فانا انما حملنا الاطلاق على مهر المثل من طريق الاجتهاد فاذا

ادى اجتهاد الوكيل الى اقل منه لم ينقض كما لا ينقض الاجتهاد
بالاجتهاد وقيل لا فرق بين المسالتين قال ــــــ في المهذب وهو
الصحيح عندي قال ــــــ ابن الصباغ وهو القياس فعلى هذا يجتمع في
كل واحده من المسالتين خمسه اقوال قال ــــــ ابن الصباغ واقيس الاقوال
انه لا يقع الطلاق قال ــــــ واذا خالع في مرضه اي المخوف اعتبر ذلك
من راس المال حابى او لم يحاب اذ لا حق للورثه في بضع الزوجه وان
خالعت في مرضها بمهر المثل اعتبر من راس المال كما لو اشترت شيا
بثمن المثل وان زادت على مهر المثل اعتبرت الزياده من الثلث اذ لا
يقابلها بدل فاشبهت الهبه فلو خالعت في مرضها على عبد قيمته مايه
ومهر مثلها خمسون فقد تبرعت بنصفه فان خرج النصف من الثلث
اخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباه ومن اصحابنا
من قال هو بالخيار بين فسخ العقد في العبد والرجوع الى مهر المثل وبين
اقراره فيه والاول اصح

فصل

وان اختلف
الزوجان في الخلع فادعاه الزوج وانكرت المراه بانت باقراره والقول
قولها في العوض اذ الاصل عدم وجوبه عليها وان قال خالعتك
على الف فقالت خالعت غيري اي اجنبيا بانت والقول قولها في العوض
لما سبق وان قال خالعتك على الف فقالت على الف ضمنها زيد لزمها الالف
لانها اقرت بها وان قال خالعتك على الف في ذمتك او بيدك فقالت بل
خالعتني على الف في ذمه زيد بانت وتحالفا في العوض لانهما اختلفا
في عين العوض فتحالفا كما لو قال خالعتك على هذه الدراهم التي في
هذا الكيس فقالت بل خالعتني على هذه الدراهم التي في هذا الكيس
الاخر وقيل يلزمها مهر المثل اي من غير تحالف لان الخلع على ما في
ذمه الغير لا يصح لانه غير مقدور عليه فهو كما لو خالعها على عبده الابق

ولبين ما تقدم وان اختلفا في قدر العوض او في جنسه او في تعجيله
او في تاجيله او في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع تحالفا ووجب مهر
المثل لانه عوض في عقد معاوضة فتحالفا فيه عند الاختلاف وعدم
البينة ووجب مهر المثل كما لو اختلفا في الصداق وقيل ان كان ما يدعيه
الزوج اقل من مهر المثل لا يجب له مهر المثل بل الذي يدعيه واذا كان
النزاع في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع وتحالفا لم يقع الا ما اقر به
لان الطلاق لا يثبت بيمين المراه وانما فائدة التحالف الرجوع الى مهر
المثل وان قال طلقتك بعوض فقالت طلقتني بعد مضي الخيار بانت
باقراره والقول قولها في العوض لان الاصل براءة ذمتها وصورة
المسئلة ان تقول المراه للزوج طلقني على الف فيقول طلقتك على
الف ثم يختلفان فيقول الزوج طلقتك بعوض فادفعيه الي وتقول
هي لم تطلقني على الفور بل بعده بزمان لا يعد فيه جوابا لسؤالي
فقوله بعد مضي الخيار اراد به بعد مضي زمان الخيار وسمى الزمان
الذي لو طلقها فيه يعد جوابا للخطاب زمان الخيار لانه زمان يثبت
لكل واحد منهما فيه الخيار من اتمام العقد وعدم اتمامه ولو قال
الزوج طلقتك بعد مضي الخيار فلي الرجعة وقالت بل في زمان الخيار فلا رجعة
لك فالقول قول الزوج لان الاصل عدم وقوع الطلاق في ذلك الزمان

كتاب الطلاق

الطلاق في اللغة ازالة القيد وفي الشرع ازالة قيد النكاح قال
يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار فاما غير الزوج فلا يصح
طلاقه اي لامراة سيتزوجها لقوله عليه السلام لا طلاق قبل
النكاح وكذلك الصبي لا يصح طلاقه ومن زال عقله بسبب يعذر فيه
كالمجنون والنائم فالمبرسم لا يصح طلاقه للخبر المشهور ومن زال

عقله بسبب لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير
حاجة وقع طلاقه لان الله تعالى كلفه في حال سكره بقوله لا تقربوا
الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولان عليا كرم الله وجهه
دل على ايجاب حد المفتري عليه لهذيانه ووافقه الصحابة فدل على
ان له احكاما وانه مكلف وقسنا عليه كل من شرب ما يزيل عقله
لغير حاجة واختلف في تعليله على ثلاثة اوجه احدها انه متهم في دعوى
السكر لفسقه ولا يعلم الا من جهته فعلى هذا يقع طلاقه في الظاهر
ويدين في الباطن والثاني انه يقع تغليظا عليه فعلى هذا يصح ما فيه
تغليظ عليه كالعتق دون ما لا تغليظ فيه عليه كالرجعة والثالث
وهو الاصح انه لما كان سكره لمعصية الحق بالصاحي فعلى هذا
يصح منه جميع التصرفات في الظاهر والباطن وقالوا في حد
السكران لا يعرف الرجل من المراه ولا الارض من السما وقيل ان يختلط
كلامه المنظوم ويبدو سره المكتوم فيبطل عنه المجموع قال
وقيل فيه قولان اشهرهما انه يقع طلاقه لما بيناه والثاني لا يقع طلاقه
لانه زايل العقل فاشبه المجنون ومن اكره بغير حق كالمهدد بالقتل
او القطع او الضرب المبرح لا يقع طلاقه لقوله عليه السلام لا طلاق
في اغلاق قال القتبي الاغلاق الاكراه ويفارق المكره على
القتل حيث قلنا عليه القصاص لانه اتلاف والطلاق ليس باتلاف
ولانه فعل وفي الطلاق قول والفعل اقوى من القول ثم له شروط
احدها ان لا يكون قادرا على دفع المكره والثاني ان يغلب على ظنه
ان الذي يخاف من جهته يقع به لو لا امتثال امره والثالث ان لا
ياتي بغير اللفظ الذي اكره عليه وقيل يشترط التورية الا عند العذر

عليها فإن أكره بضرب قليل أو شتم وهو من ذوي الأقدار فالمذهب
أنه لا يقع طلاقه لأنه يصير مكرهاً بذلك عرفاً وقيل لا يقع لأنه لا يؤدي
إلى التلف وهذا القائل يقول لا إكراه إلا بالقتل والجرح المخوف
ويملك الحر ثلاث تطليقات لما روي أن رجلاً جاء إلى النبي عليه السلام
وقال رأيت قول الله تعالى الطلاق مرتان فأين الثالثة فقال عليه السلام
تسريح بإحسان الثالثة ويملك العبد طلقتين لما روت عائشة
رضي الله عنها أن النبي عليه السلام قال طلاق العبد اثنتان قال
وله أن يطلق بنفسه لقوله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء الآية وله
أن يطلق بوكيله لأنه يحتاج إلى التوكيل كما يحتاج إلى التوكيل في البيع
والنكاح وإن وكل امرأة في طلاق زوجته فقد قيل يصح كما يصح
توكيلها في طلاق نفسها وقيل لا يصح لأنها لا تملك الطلاق شرعاً
فلا تملك وكالة فيه وأما إذا فوض الطلاق إلى زوجته فقال تمليك
لا توكيل والتوكيل أن يطلق متى شاء إلى أن يعزله كما في غيره من
التصرفات وإن قال لامرأته طلقي نفسك فقالت في الحال طلقت نفسي
طلقت وإن أخرت ثم طلقت لم يقع لأن تفويضه إليها يجري مجرى
التمليك من حيث أن النفع يعود إليها بعد ما كان للزوج فافتقر إلى
القبول في الحال إلا أن يقول طلقي نفسك متى شئت فيجوز حينئذ
لتصريحه بذلك وقيل لها أن تطلق ما لم يتفرقا عن المجلس لأنه
روي ذلك عن ابن مسعود وجابر ولا مخالف لهم من الصحابة رضي الله
عنهم وهذا هو المنصوص والقائل بالأول تأول نصه على
مجلس خيار القبول لا مجلس العقد هذا نقل الشيخ أبي حامد
وقال الخراسانيون هل لها أن تطلق بعد القيام من المجلس أو يختص

بالمجلس فيه قولان مبنيان على أنه تمليك أو توكيل فالجديد أنه تمليك
والقديم أنه توكيل إذ لو كان تمليكاً لكان مقتضياً انتقال الملك إليها
في بضعها وهو محال قال ويكره أن يطلق الرجل امرأته من غير
حاجة لقوله عليه السلام أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق فإن
أراد الطلاق فالأفضل أن لا يطلق أكثر من طلقة لأنه يسهل
تلافيها فإن أراد الثلاث فالأفضل أن يفرقها فيطلق في كل طهر طلقة
ليسلم من الندم فإن جمعها في طهر واحد جاز لأنه طلاق يجوز تفريقه
فيجوز جمعه كطلاق جمع من النساء ويقع الطلاق على ثلاثة أوجه
طلاق السنة وهو أن يطلقها في طهر لم يواقعها فيه لقوله تعالى
فطلقوهن لعدتهن قيل معناه لقبل عدتهن وقيل معناه في
عدتهن أي حين تشرع عقيب الطلاق في العدة المستحبة وطلاق
البدعة وهو أن يطلقها في الحيض من غير عوض واعلم أنه
لا بد من أن يراد فيه مختاراً مع كونها مدخولاً بها وفي معنى الدخول
استدخالها الماء قال أو في طهر قد جامعها فيه من غير عوض
أي وهي ممن يجوز أن تحمل ولكن لم يستبن حملها لما روي أن ابن عمر
طلق زوجته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنه رسول الله صلى الله
فقال مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن شاء
أمسكها وإن شاء طلقها قبل أن يجامع فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن
يطلق لها النساء وأراد الرجعة المذكورة وإنما أخر إلى الطهر الثاني
لئلا تكون الرجعة لأجل الطلاق ومن أصحابنا من قال يجوز الطلاق في
الطهر الأول وقد جاء في بعض الروايات حديث ابن عمر لفظ الطهر
مرة واحدة قال وطلاق لا سنة ولا بدعة فيه وهو طلاق الصغيرة

في الايسه والتي استبان حملها وغير المدخول بها لان التحريم معلل بتطويل
العده او خوف الندم عند ظهور الحمل وهذا معدوم في هذه
المواضع وللحقنا بهن المولى منها والمختلعه لان النبي عليه السلام اطلق
ثابت بن قيس في اخذ العوض من زوجته حبيبه ولم يستفصل هي حايض
ام لا ثم منهم من علل بكونه افتدا فيلتحق بذلك خلع الاجنبي ويخرج
عنه سوالها الطلاق ومنهم من علل برضاها فالتحق بذلك سوالها
الطلاق ويخرج عنه خلع الاجنبي قال وان كانت حاملا فحاضت
على الحمل اي وقلنا انه حيض وطلقها في الحيض فالمذهب انه ليس ببدعه
وقيل هو بدعه لانه طلاق في الحيض وهذا لا يصح لان التحريم
ثم كان لما فيه من تطويل العده عليها وهذا المعنى معدوم هنا قال ثم
عليه فيما ذكرناه لان في طلاق البدعه لتخصيصه بالاضرار ومن طلق
للبدعه استحب له ان يراجعها لحديث ابن عمر

فصل

ويقع الطلاق بالصريح والكنايه اي مع النيه فالصريح الطلاق والفراق
والسراح واصل السراح التسريح وهو الارسال فهو اسم وضع موضع
المصدر اما الطلاق فصريح لانه ثبت له عرف الشرع واللغه واما
الفراق والسراح فلانهما ينبئان عن الفرقه وقد ورد بهما القران قال
الله تعالى او فارقوهن بمعروف وقال تعالى او سرحوهن فاشبها
لفظ الطلاق وقال في القديم ليسا بصريحين لانهما يستعملان في الطلاق
وغيره فاشبها لفظ التحريم قال فاذا قال انت طالق او مطلقه
او طلقتك او فارقتك او انت مفارقه او سرحتك او انت مسرحه
طلقت وان لم ينو اذ هو معنى الصريح وقال الخراسانيون قوله انت
مفارقه او مسرحه ليس بصريح على وجه لانه لم يعتاد ولم يرد القران

يتهابان بالفعل قال فان ادعى انه اراد طلاقا من وثاق او فراقا
بالقلب او نسيها من البيت لم يقبل في الحكم لانه يحتمل ما يدعيه فلو
صدقته المراه لم يحل لها ان تقيم معه فلو راهما الحاكم مجتمعين هل يفرق
بينهما فيه وجهان قال والكنايات وهي ما يشبه الطلاق
ويدل على الفراق كقوله انت خليه وبريه وبته وبتله وباين وحرام
وانت الحرج واعتدي واستبري وتقنعي واستتري وتجرعي
واعزبي والحقي باهلك وحبلك على غاربك وانت واحده وما اشبه
ذلك كقوله لست بامراه او اغناك الله او انت حره واعتقتك ونحوه
قال فان نوى به الطلاق وقع فاصل الكنايه الستر يقال كنيت
الشي اذا سترته لانه لما لم يفصح بصريح اللفظ فقد كنى عنه وهل تشترط
ان تكون النيه مع جميع اللفظ فيه وجهان قال فان لم ينوه لم يقع
لان اللفظ بين الطلاق وغيره فرجع فيه الى النيه وقوله انت
بته ماخوذ من البت وهو القطع وقوله انت بتله ماخوذ من التبتل
وهو التفرد والانقطاع عن الازواج وقوله انت باين ماخوذ من
البينونه وهو الفراق والبعد وقوله واعربي بعين معجمه وراي
غير معجمه اما اي تباعدي وقوله وحبلك على غاربك معناه انت
مخلاه كما يخلى البعير في الصحرا ويترك زمامه على غاربه اي عنقه قال
وان قال اختاري فهو كنايه وكذا لو قال امرك بيدك لانه يحتمل الطلاق
وغيره ويفتقر الى القبول في المجلس على المنصوص وقيل يفتقر
الى القبول في الحال وقد بينا ذلك في قوله طلقي نفسك فان قالت
اخترت ونويا الطلاق وقع وان لم ينويا او احدهما لم يقع لانه كنايه
فان قال لها اختاري ونوى الطلاق فقالت اخترت الازواج ونوت
به الطلاق او قالت اخترت ابوي ونوت به الطلاق فيه وجهان

قال وان رجع فيه قبل القبول صح الرجوع كما لو رجع في ايجاب
البيع قبل القبول وقيل لا يصح لانه في معنى تعليق الطلاق واخبارها
وان قال لها ما اخترت فقالت اخترت فالقول قوله لان الاصل بقا
النكاح ويمكنها اقامة البينة عليه الا ان عليه اليمين لانه يعلم انها
اختارت الاحتمال وان قال ما نويت فقالت نويت فالقول قولها
وقيل القول قوله كما لو ادعت الاختيار والاول اصح لانها اعرف بنيتها وتتعذر
اقامة البينة عليها وان قال لها طلقي نفسك فقالت اخترت ونوت
وقع الطلاق لان الكناية مع النية بمنزلة الصريح وقيل لا يقع حتى
ياتي بالصريح اذ هو المفوض اليها ولو قال لها امرك بيدك وطلقي نفسك
اذا قدم زيد ففيه قولان اصحهما انه لا يجوز تغليبا لحكم التمليك وان
قال انت الطلاق فقد قيل هو صريح لان كل ما اشتق منه صريح فكان
صريحا وقيل هو كناية لانه مجاز اذ هي ليست نفس الطلاق فالتحق
بالكنايات وان قال انا منك طالق او فوض الطلاق اليها فقالت
انت طالق فهو كناية لا يقع الا بالنية لانه غير متعارف فالتحق بالكنايات
وان قال انا منك طالق او فوض الطلاق اليها فقالت انت طالق فهو كناية
لا يقوم الا بالنية لانه غير متعارف فالتحق بالكنايات وان قال
كلي واشربي فقد قيل هو كناية وهو الصحيح لقوله تجرعي وقيل ليس
بشي اي لا يقع به الطلاق وان نوى كما لو قال اقعدي وبارك الله عليك
وما اشبه ذلك فليس بشي نواه او لم ينو لانه لا دلالة على الطلاق
فيبقى مجرد النية وهي لا يقع بها الطلاق عندنا لانه حل
عقد فلا يقع بمجرد النية كالاقالة في البيع وان قال انت علي
ونوى الطلاق لم يقع الطلاق اي بل يكون مظاهرا لانه وجد
نفاذا في موضعه صريحا فلا يمكن تركه بمجرد النية وقد تعذر الجمع

بينهما فتعذر في موضعه وان اقتصر عليه وان قال له رجل طلقت
زوجتك فقال نعم طلقت لان قوله نعم صريح في الجواب وتقديره
نعم طلقت هذا نقل الشيخ ابي حامد وقال ابن الصباغ فيه
قولان احدهما انه صريح والثاني انه كناية فلا يقع الا بالنية لان لفظه
نعم ليست معدودة في صرائح الطلاق وقال الخراسانيون ان
كان في معرض الاستخبار طلقت وان كان التماسا للانشاء فان نوى وقع
والا فوجهان كالوجهين فيما لو قال الزوج قبلت ولم يقل نكاحها
قال وان قال الك زوجة فقال لا لم يكن شيا واعلم ان ظاهر
هذا الكلام يشير الى انه ليس بصريح ولا كناية وقد حكاه المحاملي
ووجهه ان هذا ليس بصريح فلا يتعلق به حكم ويحتمل انه يريد به انه
كناية وقوله فليس بشي اي اذا لم ينو به الطلاق لا يقع به شي وهذا
هو المشهور الصحيح لانه يحتمل الطلاق فاشبه سائر الكنايات
وان جعله صريحا لانه يحتمل ان يريد به لا زوجة لي غير هذه وبهذا
فارق المسالة قبلها لان قوله نعم لا يحتمل غير الطلاق وقال
القاضي حسين هو صريح في الاقرار فلو كان كاذبا لم تطلق زوجته في
الباطن وان كتب الطلاق ونوى ايقاع الطلاق بكتابته ففيه قولان اصحهما
انه يقع لانها حروف يفهم منها الطلاق فجاز ان يقع بها الطلاق
كالنطق والثاني لا يقع لانه فعل ممن يقدر على القول فلم يقع به
الطلاق كالاشارة من الناطق وفي اشارة الناطق وجه بعيد انه كناية
وقيل القولان اذا كانت غايبة عنه فاما لو كانت حاضرة لم يقع وان
نواه وقيل كتابة صريح الطلاق صريح في الطلاق قال وان قال
لها شعرك طالق او بعضك طالق طلقت لانه لا يتبعض فكانت اضافته
الى الجزء كاضافته الى الكل كالعفو عن القصاص وهل يقع ابتداء على

الجنين المسمى ثم يسري او يقع ابتدا على الجملة فيه وجهان تظهر فايدتهما فيما لو علق طلاق يدها بدخول الدار ثم قطعت يدها ثم دخلت الدار وان قال ريقك طالق او دمك طالق وكذا حملك طالق لم تطلق لانه مجاور ولبس بجزو وقيل تطلق في الشعر وان قال بياضك طالق او لونك طالق فوجهان اصحهما انها لا تطلق ع.

باب عدد الطلاق والاستثنا فيه

الاستثنا اخراج بعض ما تناوله اللفظ واصله من ثنيت الشي اذا املته فكانه يميل اللفظ الى خصوصه ٥ قال اذا خاطبها بلفظ من الفاظ الطلاق ونوى به طلقة او طلقتين او ثلثا وقع لان ركانة طلق زوجته واراد ردها فحلفه النبي عليه السلام انه ما اراد الا واحدة وردها اليه فلولا ان ما زاد يقع اذا نواه لم يكن لاستحلافه معنى قال الا قوله انت واحدة فانه لا يقع به اكثر من طلقة لانه لا يحتمل ما زاد فمعنى مجرد النية لا يوثر وقيل يقع به ما نوى اذ يحتمل ان يريد انت طالق واحدة مع واحدة او مع اثنتين وكذا لو قال انت طالق واحدة ونوى اثنتين او ثلثا وقيل ان نوى ما زاد على الواحد عند واحدة انت طالق وقع ما نواه وان نوى ذلك بمجموع الكلام لم يقع الا واحدة قال الغزالي هذا اذا قال انت واحدة ولم يخطر بباله معنى التوحيد اما لو نوى توحدها بالطلاق الثلث وقع الثلث وان قال انت طالق واحدة في اثنتين ونوى طلقة مقرونة بطلقتين او مع طلقتين طلقت ثلثا لان في تطلق بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وان نوى الظرف فقط ولم يقع ما جعله ظرفا وان لم ينو شيئا وهو لا يعرف الحساب وقع طلقة

لانه قال انت طالق وما لزمه حكم الحساب لانه لا يعرفه فلا يلزم حكمه كالعجمي اذا طلق بالعربية ولا يعرف معناه فان نوى موجبها عند اهل الحساب لم يقع الا طلقة اما وقوع الطلقة فلقوله انت طالق واما عدم وقوع الزايد فلانه اذا لم يعلم موجبه عندهم لم يكن قصده في حقه فبقي ان يجعل كناية والكناية لا بد فيها من النية ولم ينو طلقتين لا اشكال فيما اذا كان غير عالم بموجبه وهو اطلقتان فلا تقع لتجرد الكناية عن النية وقيل يقع طلقتان لانه موجبه في الحساب وكذا الخلاف فيما لو قال طلقت مثل ما طلق فلان فلان زوجته وهو يجهل ذلك وان كان يعرف الحساب ونوى موجبها في الحساب وقعت طلقتان لان ذلك موجبها في الحساب وان لم يكن له نية وقعت طلقة على ظاهر النص لان هذا اللفظ غير متعارف عند الناس ويحتمل طلقة في طلقتين باقيتين فلا تقع الا الواحدة بالشك وقيل يقع طلقتان لانه المتعارف عند اهل الحساب وحكى الغزالي ثلثة اقوال الثالث انه يقع عليه ثلث طلقات لتلفظه بها ولو قال انت طالق ثلثا بل طلقتين طلقت ثلثا على احد الوجهين بخلاف نظيره من الاقرار ولو قال انت طالق واحدة بل ثلثا ان دخلت الدار قال ابن الحداد تطلق طلقة في الحال وطلقتين اذا دخلت الدار وان قال انت طالق طلقة مع طلقة طلقت طلقتين وقيل ان لم يكن مدخولا بها وقعت واحدة كما لو قال انت طالق طلقة بعدها طلقة والاول اصح لانهما يجتمعان في الوقوع ولا يتقدم احداهما على الاخرى فصار كما لو قال انت طالق طلقتين وان قال للمدخول بها انت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلثا لان الجميع يصادف الزوجة وان قال اردت بعدها طلقة اوقعها

الزايده

لم يقبل في الحكم ولكن يدين فلو قال انت طالق طلقة قبلها طلقة
او بعدها طلقة لم تطلق الا طلقتان قال وان قال لغير المدخول
بها انت طالق طلقة قبلها طلقة او بعدها طلقة لم تطلق الا طلقتان
قال فان قال وادعى انه اراد قبلها طلقة من زوج اخر او من
نكاح اخر فان كان ذلك اي كان له اصل قبل منه اي مع يمينه لانه يحتمل ما
يدعيه وقد اعتضد بالاصل وان لم يكن اي لم يكن له اصل لم يقبل
منه لانه يدعي خلاف الظاهر بل يقع طلقتان فلو لم تكن مدخولا بها
لم تطلق وقيل تطلق طلقة وقال في التلخيص اذا قال لها انت
طالق طلقتين فماتت قبل ان يقول لها طلقتين لم يقع طلاق وكذا لو
ماتت قبل قوله ان شاء الله وخالفه بعض الاصحاب وان قال انت طالق
هكذا واشار بالاصابع الثلث وقع الثلث لان الاشارة بالاصابع الثلث
في بيان العدد بمنزلة النية وان قال اردت بعدد الاصبعين المقبوضتين
قبل لانه يحتمل الاشارة بهما فيقبل منه كما يقبل لو لم يكن هكذا
وقال الشيخ ابو حامد لا يقبل في الحكم لان الظاهر خلاف ما يدعيه
نعم يدين فيما بينه وبين الله تعالى وان قال انت طالق من
واحدة الى الثلث طلقت طلقتين لما تبين في الاقرار وان قال
لغير المدخول بها انت طالق انت طالق انت طالق وقعت طلقة لانها
بانت بالتطليق الاول فلم يقع ما بعده وقيل فيه قول قديم انه يقع
الثلث لانه لم ينقطع بعض الكلام عن البعض فاشبه ما لو قال انت طالق
ثلثا ويجري الخلاف فيما لو قال انت طالق وطالق وطالق وان قال
ذلك للمدخول بها فان نوى العدد وقع الثلث وان نوى التاكيد لم يقع
الا طلقة لانه يحتملها فاتصل بما نواه منها وان لم ينو شيئا ففيه
قولان اصحهما انه يقع بكل لفظة طلقة لان اللفظ الثاني والثالث

مثل الاول وقع بها الطلاق والثاني لا يقع الا طلقة واحدة لانه
يحتمل التاكيد والاستيناف فلا يقع ما زاد على طلقة بالشك وان
اتى بتلك الالفاظ مثل ان قال انت طالق وطالق فطالق اي ولم يكن له نية
وقع بكل لفظ طلقة لان المغايرة بينهما بالعطف والعطف يسقط
حكم التاكيد فان ادعى انه اراد التاكيد لم يقبل في الحكم ولكن يدين
على الاصح واعلم ان هذا تغاير من حروف العطف واما تغاير الا
لفاظ فمثاله ان يقول انت طالق انت مفارقة انت مسرحة وهي
على وجهين احدهما انه بمنزلة تغاير الحروف والثاني انه بمنزلة
اللفظ الواحد اذا كرره ويخالف تغاير الحروف لان الحروف هي العاملة
وبها تعرف الاستيناف والعطف وتغاير الالفاظ ليس كذلك وان
قال انت طالق نصف تطليقة او نصفي طلقة طلقت طلقة لان
الطلاق لا يتبعض بدليل ان العبد لا يملك طلقة ونصفا فغلب
جانب التكميل والوقوع كما لو قال نصفك طالق وقيل يقع في قوله
نصفي طلقة طلقتان وليس بشيء وان قال لها انت طالق ثلثة انصاف
طلقة فقد قيل يقع طلقة لانه اضاف الانصاف الثلث الى طلقة وليس
للطلقة الا نصفان فلغى النصف الثالث وقيل يقع طلقتان لان ثلث
الانصاف طلقة هي طلقة ونصف فكمل النصف وصار طلقتين قال
بعض الاصحاب ويحتمل ان يقع الثلث لانه اذا لغى قوله طلقة وتعلق
الحكم بثلثة انصاف وطلقة سرى كل نصف فيقع الثلث قال وان
قال نصفي طلقتين طلقت طلقتين لان نصفي الطلقتين طلقتان وان قال
نصف طلقتين فقد قيل طلقة قال الغزالي وهو الصحيح
ان نصف الاثنين المتناسبين الطلقتين واحد وقيل طلقتان بطريق التكميل
لانه يقتضي النصف من كل واحدة بدليل ما لو قال لفلان نصف

هدين العبدين وان قال نصف طلقه ثلث طلقه سدس طلقه
طلقت طلقه لان هذه اجزا الطلقه ولان الثلث والسدس اذا لم يعطفا
بحرف العطف لم يقعا لانه ليس فيهما لفظ الايقاع ولا يعطفان
على ما فيه لفظ الايقاع فان قال نصف طلقه وثلث طلقه
وسدس طلقه طلقت ثلثا لان بدخول حرف العطف وقع بكل لفظ
جز طلقه وسرى الى الباقي وقال الغزالي وقيل يرجع الى
طلقه وقد نص الشافعي على انه لو قال انت طالق نصف وثلث
وسدس طلقه وقعت واحده لان هذه الاجزا تكون من طلقه ولو
قال انت طالق نصفا وثلثا وسدسا طلقت طلقه فان قال
وان قال لاربع نسوه اوقعت بينكن طلقه او طلقتين او ثلثا او اربعا
وقع على كل واحده طلقه لانه اذا وزع بينهن اصاب كل واحده
طلقه او بعض طلقه وتكمل اللهم الا ان يريد بقسط كل طلقه عليهن
وقال بعض الاصحاب اذا اوقع بينهن ثلث طلقات يحتمل ان يطلق
كل واحده منهن ثلث طلقات واذا اوقع بينهن طلقتين احتمل ان يطلق
كل واحده طلقتين وان قال اوقعت بينكن خمس طلقات وقع على
كل واحده طلقتان بطريق التكميل وان قال اوقعت بينكن تسع طلقات
طلقت كل واحده ثلثا وان قال انت طالق مل الدنيا او اطول الطلاق
او اعرضه طلقت طلقه الا ان يريد به ثلثا لان شيا من ذلك لم يشعر
بالعدد وكذا لو قال مل مكه والمدينه والحجاز وكذا لو قال عدد
انواع التراب وان قال انت طالق كل الطلاق او اكثر الطلاق طلقت
ثلثا لان الثلث كله واكثره ولو قال واكبره بالبا المعجمه بواحده
طلقت واحده وكذا لو قال اشد الطلاق واغلظه وكذا لو قال اكمله
واتمه ولو قال يا مايه طالق او انت مايه طالق طلقت ثلثا وان قال انت

طالق او لا لم يقع شي لان ذلك استفهام لا ايقاع قال ابن
الصباغ وهكذا لو قال انت طالق واحده او لا شي قال وان قال
انت طالق طلقه لا تقع عليك طلقت طلقه لانه اوقع الطلاق ثم اراد
رفعه بالحليه والطلاق مما لا يرتفع بعد وقوعه وان قال انت
طالق ثلثا الا ثلثا وقع الثلث لان الاستثنا المستغرق وقع بجملة
ما اوقعه فبطل وبقي الثلث وان قال انت طالق ثلثا الا نصف طلقه
وقع الثلث بطريق التكميل وقيل يقع طلقتان لان استثنا نصف الطلقه
بمنزله استثنا جميعها كما في الايقاع وان قال انت طالق وطالق
وطالق الا طلقه طلقت ثلثا على المنصوص لان الاستثنا يرجع الى ما
يليه فهو يستغرقه ملغى وقيل يقع اثنان لان الواو للجمع
فكانه استثنى واحده من الثلث وان قال انت طالق ثلثا الا اثنين وقعت
طلقه عملا بقضيه الاستثنا وان قال انت طالق ثلثا الا طلقتين الا طلقه
طلقت طلقتين لان الاستثنا من الاثبات نفي ومن النفي اثبات وان
قال انت طالق خمسا الا ثلثا فقد قيل تطلق ثلثا اذ لا يقع من الخمس الا
ثلث فيكون الاستثنا مستغرقا فيلغوا وقيل طلقتين لانه لما وصله
بالاستثنا علمنا انه اراد الحساب وان قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا اثنين
فقد قيل يقع الثلث لان الاستثنا الاول مستغرق فبطل والثاني
فرع عليه فبطل ايضا وقيل طلقتان لانه لما وصله بالاستثنا علمنا انه
اراد الحساب وقيل طلقه لان الاستثنا الاول مستغرق فبطل واقيم الثاني
مقامه وان قال انت طالق ثلثا الا ان يشا ابوك واحده وقال ابو هاشم
شبث واحده لم تطلق لان الاستثنا من الاثبات نفي فيصير تقديره الا
ان يشا ابوك واحده فلا يقع تلك الواحده وتقع ما سواها وقيل يقع
واحده فيكون تقديره الا ان يشا ابوك واحده فلا يقع الثلث بل واحده

شي حادبع اسرع تطويع بقدير ووالا ان
يشا ابو واحده ولا يقع ثلث

ولو قال الا شيا اثنتين او ثلثا فعلى ما ذكرناه من الوجوه لانه لا فرق
بينهما واحده وكذلك الثلث ولا يصح الاستثنا في جميع ما ذكرناه
الا ان يكون متصلا بالكلام عرفا فلو انفصل لضيق نفس صح الاستثنا
لانه كالمتصل عرفا فصل وان قال انت طالق ان شا الله او انت
طالق ان لم يشا الله لم يقع لانه علق الوقوع على احد طرفي مشيه الله تعالى
وهي لا تعلم فلا يقع شي بالشك وقيل يقع كما لو قال لزيد علي درهم
ان شا الله فانه يلزمه وقيل يقع في المسله الثانيه دون الاوله وهذا
فيه اذا قصد به الاستثنا اما اذا كانت عادته في كلامه ان يقول ان
شا الله فيقول ان شا الله على عادته لم يكن استثنا وجها واحدا ولو قال
انت طالق الا ان يشا الله فالمذهب انه يقع لانه اوقع الطلاق وعلق
رفعه بالمشيه وهي مجهوله فسقط حكم رفعه وبقي حكم ثبوته وقيل
لا يقع كالمسله قبلها وليس بشي لان ثم علق الوقوع بالمشيه وهنا
علق ارتفاع الوقوع بها فافترقا وان قال انت طالق ان شا زيد
فمات زيد او جن لم تطلق لانه لا مشيه له في هاتين الحالتين وان خرس
فاشار لم تطلق لان مشيته كانت بالنطق عند التعليق فعلق بذلك
ولم يوجد قال الشيخ الامام ابو اسحق رحمه الله وعندي
انه يقع من الاخرس لان الاعتبار بحال البيان بدليل ما لو كان عند التعليق
اخرس ثم صار ناطقا فان مشيته بالنطق وهو عند البيان من اهل
الاشاره وقد اتى بها فيقع الطلاق لوجود صفته وان قال انت
طالق ثلثا واستثنى بعضهن بالنيه لم يقبل في الحكم لان اللفظ اقوى من
النيه فلا يجوز رفع موجبه بها ولو قال نسائي طوالق واستثنى
بعضهن بالنيه لم يقبل في الحكم لان اللفظ اقوى من النيه فلا يجوز رفع
موجبه بها قال وقيل يقبل في النسا وهو ظاهر ما نقله المزني

لان اللفظ يحتمل العموم والخصوص وليس بشي لان ظاهره للعموم
فلم يقبل في الحكم دعوى الخصوص لكونه خلاف الظاهر ويقبل فيما بينه
وبين الله تعالى ولا يقبل في المسله قبلها على احد الوجهين والفرق
ان الاستثنا لفظا وان وجد لغه لكن التعيين بالثلثه عن الاثنين بالقصد
لم يوجد في الطلاق العموم واراده الخصوص قد وجد لغه ولو قال
لاربع نسوه اربعكن طوالق واستثنى بعضهن بالنيه لم يقبل في الحكم وهل يدين فيه وجهان

باب الشرط في الطلاق

من صح منه الطلاق صح ان يعلق الطلاق على شرط ومن لم يصح
منه الطلاق لم يصح ان يعلق الطلاق على شرط فاذا علق الطلاق
على شرط وقع عند وجود الشرط الحاقا للطلاق بالعتق اذ هما
يتقاربان في الحكم فان قال لامراته ولها سنه وبدعه في الطلاق انت
طالق للسنه طلقت في حال السنه وان قال لامراته انت طالق للبدعه
او طلاق الحرج طلقت في حال البدعه لان اللام للتاقيت فيما ينسب للوقت
كالسنه والبدعه وطلاق الحرج لمخالفه السنه والاثم به ذلك هو
طلاق البدعه وان قال انت طالق احسن الطلاق واعدله واتمه
طلقت للسنه لانه المتصف بهذه الصفات الا ان ينوي ما فيه تغليظ عليه
بان ينوي البدعي وهي في الحال حائض او في طهر جامعها فيه فيقع
في الحال لانه يحتمله بان يقول اعتقده احسن في حقها لسو عشرتها
وفيه تغليظ عليه وان قال انت طالق اسمج الطلاق وافحشه
طلقت للبدعه لانه المتصف بذلك الا ان ينوي ما فيه تغليظ عليه مثل
ان ينوي السني وهي مدخول بها في طهر لم يجامعها فيه فيقع في الحال
لانه يحتمله بان يقول اعتقدته اقبح في حقها لحسن عشرتها

وفيه تغليظ عليه وان قال انت طالق ثلثا بعضهن للسنه وبعضهن
للبدعه طلقت طلقتين في الحال فاذا حصلت في الحاله الاخرى
وقعت الثالثه وقال المزني لا يقع في الحال الا طلقه والمذهب الاول
لان اضافه الطلاق اليهما تقتضي التسويه بينهما فيقع في الحال طلقه
ونصف ويكمل فتصير طلقتين وتبقى طلقه فتقع في الحاله الاخرى
فان ادعى انه اراد طلقه في الحال وطلقتين في الثاني فالمذهب انه
يقبل لان البعض يقع على القليل والكثير حقيقه ولهذا لو قال هذه
الدار بعضها لي وبعضها لزيد ثم فسر البعض باقل من النصف قبل وقيل
لا يقبل في الحكم لانه يدعي ما يتاخر به الطلاق فصار كما لو قال انت
طالق ثم قال اردت ان دخلت الدار وان قال انت طالق طلقتين
للسنه والبدعه طلقت في الحال طلقه وقيل طلقتين وان قال لامراه
لا سنه لها ولا بدعه انت طالق للسنه او انت طالق للبدعه طلقت في الحال
ولو قال اردت اذا صارت من اهل سنة الطلاق وبدعته لم يقبل في
الحكم ولكن يدين قال وان قال انت طالق في كل قرء طلقه طلقت
في كل طهر طلقه لان الاقراء هي الاطهار عندنا وان كانت حاملا لم تطلق
في حال الحمل اكثر من طلقه حاضت على الحمل او لم تحض لان ما بين
الحيضتين ليس بقرء في حق الحامل ولهذا لا تعتد به وحكى الخراسانيون
وجها انه يتكرر وقوع الطلاق بتكرر الطهر اذا قلنا ان دمها حيض
ثم هذه الطلقه تقع في الحال وقيل ان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر
لان القرء الطهر عند الشافعي رضي الله عنه فاشبه ما لو قال
انت طالق في كل طهر طلقه وصادف حيضها وهي حامل فانها لا تطلق حتى تطهر
والاول اقيس وان قال ان حضت فانت طالق طلقت برؤيه الدم
اي في زمان امكان الحيض لان الظاهر انه دم الحيض فيكون الشرط

متحققا وقيل اذا مضى يوم وليله حكمنا انه حيض وان الطلاق وقع
برؤيته وان قال ان حضت حيضه فانت طالق لم تطلق حتى تحيض وتطهر
لانه علقه بتمام الحيضه وان قالت حضت وكذبها فالقول قولها مع يمينها
لانه لا يعرف الا من جهتها وان قال ان ولدت فانت طالق فقالت ولدت
قبل قولها كالحيض وقيل لا يقبل الا ببينه وان قال ان حضت فضرتك طالق
فقالت حضت وكذبها فالقول قولها مع يمينها وان قال ان حضت فضرتك
طالق فقالت حضت وكذبها فالقول قوله ولم تطلق الضره والفرق
ان ثم الحق لها وقد تحلف على اثبات حقها وهاهنا الحق للضره والانسان
لا يحلف لاثبات الحق لغيره ولو وافقها الضره فالقول ايضا قول
الزوج لانه متهم والضره مع الجهل بحيض الاخرى والاصل بقاء النكاح
وان قال لامراتين ان حضتما فانتما طالقان لم تطلق واحده منهما
حتى تحيضا لعدم الشرط فان قالتا حضنا وصدقهما طلقتا لتحقق الشرط
وان كذبهما لم تطلق واحده منهما لان طلاق كل واحده معلق
على شرطين وقولها غير مقبول في احدهما وان صدق احداهما وكذب
الاخرى طلقت المكذبه لتحقق الشرط في حقها وهو حيض صاحبتها
بتصديق الزوج وحيضها بدعواها ولم تطلق المصدقه اذ لم يثبت حيض
صاحبتها في حقها لتكذيبه وان قال ان حضتما حيضه فانتما
طالقان لم يتعلق بهما طلاق اذ يستحيل اشتراكهما في حيضه واحده
وقيل اذا حاضتا الان بر استحاله نشان من قوله حيضه فبقي التعليق
بمجرد حيضهما فيقع عند وجوده وقيل انه لاغ وقال الشيخ
ابو حامد في التعليق يقع عليهما الطلاق في الحال كما لو قال لمن لا سنه
لها ولا بدعه انت طالق للسنه او للبدعه وان قال لاربع نسوه ان
حضتن فصواحبكن طوالق فقلن حضنا او قال لهن كلما حاضت واحده منكن

صواحبها طوالق فقلن حضنا فان صدقهن طلقت كل واحده منهن ثلثا
لانه جعل حيض كل واحده منهن صفه لطلاق البواقي ولكل واحده
ثلث صواحب قد حضن فتطلق ثلث طلقات وان كذبهن لم تطلق واحده
منهن لان كل واحده لا تقبل قولها في حق غيرها وان صدق واحده
طلقت المكذبات طلقه طلقه لان لكل واحده منهن صاحبه ثبت حيضها
ولم تطلق المصدقه لانه ليس لها صاحبه ثبت حيضها وان صدق اثنتين
طلقت كل واحده من المكذبتين طلقتين لان لكل واحده منهن صاحبتين
ثبت حيضهما وان كذب واحده طلقت المكذبه ثلثا لان لها ثلث
صواحب ثبت حيضهن وطلقت كل واحده من المصدقات طلقتين لان
لكل واحده منهن صاحبتين ثبت حيضهما

فصل

وان قال ان كنت حاملا فانت طالق ولم يكن استبراها قبل ذلك
حرم وطيها حتى يستبريها لان الاصل عدم الحمل وقيل لا يحرم لان
الاصل بقا الحل فعلى الاول يستبريها بثلثه اقرا لانه تربص في حق
حره منكوحه فاشبه العده وقيل بطهر وقيل بحيضه على الاختلاف
في استبرا الامه المحصول براه الرحم فانه اذا بان انها حامل لا ستبرا
طلقت لوجود الشرط واحتسب ما مضى من الاقرا من العده لكونها
بعد الطلاق وحكى الخراسانيون وجها انه لا يقع الطلاق على يقين
براه الرحم فانه اذا بان انها حامل يقع بالاستبرا وان بان انها كانت
حاملا حل وطيها لعدم وقوع الطلاق وذلك بان اتت بولد وضعته
لاقل من سته اشهر من وقت اليمين وانما حكمنا بان الطلاق غير واقع
لعلمنا بوجود الحمل حاله اليمين وان اتت به لاكثر من اربع سنين
من وقت اليمين فالطلاق واقع وان اتت به لاكثر من سته اشهر
واقل من اربع سنين من وقت اليمين فان لم يكن قد وطيها فالطلاق

غير واقع لانا حكمنا بوجوده حاله اليمين وان كان قد وطيها
بعد اليمين فان اتت به لاقل من سته اشهر فهو كما لو لم يطاها وان
كان لاكثر من سته اشهر من وقت الوطي فوجهان اظهرهما
وقوع الطلاق هذا كله اذا تيقنا انها كانت حاملا اما اذا ظهر
بها امارات الحمل فهل يستبيح وطيها وجهان قال … وان كان
استبراها حل وطيها في الحال وقيل لا تحل حتى يستانف به استبرا ان
اعلم ان المنقول في هذه المسله والمسله التي تليها انه لو تقدم
الاستبرا على عقد الطلاق هل يعتد به ام لا فيه ثلثه اوجه
احدها لا يعتد به لانه يلزم منه تقديم الاستبرا على سببه وذلك ممتنع
بدليل العده والثاني يعتد به لان القصد حاصل به وهو معرفه
براه الرحم ولهذا لو كانت صغيره طلقت في الحال والثالث انه يعتد
به في المسله الثانيه ولا يعتد به في الاولى لانه استبرا للطلاق
فظهر لك ان اللفظ الذي حكاه الشيخ لا يليق بما ذكره في المسله
الاولى لانه حرم تحريم الوطي لو لم يتقدم استبرا فمع تقدم استبرا
اولى ان يحرم بالتحريم يدل على ان من ذكر وجها في الحل لو لم
يتقدم استبرا وقلنا الاول لا يعتد به فينبغي ان يأول كلام الشيخ
عليه او كان استبرا وظهر امارات الحمل قال … وان قال ان كنت
حاملا فانت طالق حرم وطيها حتى يستبريها احتياطا وقيل يكره
ولا يحرم لان الاصل عدم الحمل فان استبراها ولم يظهر حمل بني على الزوجيه
وان ظهر نظرت فان وضعته لاقل من سته اشهر من وقت اليمين
وقع الطلاق وان كان لاكثر من اربع سنين لم تقع وان كان بينهما
فان كان الزوج لم يطاها وقع الطلاق وان وطيها نظرت فان وضعته
لدون سته اشهر من حين الوطي وقع وان كان لاكثر من سته اشهر

لم يقع وجها واحدا قال وان قال ان كان في جوفك ذكر
فانت طالق طلقة وان كانت انثى فانت طالق طلقتين وولدت ذكرا وانثى
طلقت ثلثا لاجتماع الصفتين وانقضت عدتها بولادة الثاني منهما ٥ قال
وان قال ان كان ما في جوفك او حملك ذكرا فانت طالق طلقة
وان كانت انثى فانت طالق طلقتين وولدت ذكرا وانثى لم تطلق لان
الصفة ان يكون ما في بطنها ذكرا او جميعه انثى ولم يتحقق ٥ وان
قال لها اذا طلقتك فانت طالق ثم قال لها انت طالق وهي مدخول
بها طلقت طلقتين احداهما بالانشا والثانية لوجود الصفة فان قال
لم ارد التعليق بالصفة بل بالاخبار لم يقبل في الحكم ولكن يدين وان
كانت غير مدخول بها طلقت طلقة بالانشا ولا تطلق بوجود الصفة
لبينونتها وان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال اذا طلقتك
فانت طالق فدخلت الدار وقعت طلقة اي بدخول الدار ولا تطلق باجل
التعليق الثاني لان صفته تر ايقاع ولم يتحقق بعد التعليق بل المتحقق
مجرد الوقوع وهكذا لو وكل وكيلا بطلاقها فطلقها الوكيل لا تقع عليها
الطلقة الاخرى بحكم الصفة قال وان قال اذا وقع عليك
طلاقي فانت طالق اي بعد ان قال ان دخلت الدار فانت طالق او قبله
فدخلت الدار وقعت طلقتان احداهما بالدخول والثانية بوقوع الطلاق
اذ هو صفة التعليق وان قال كلما طلقتك فانت طالق ثم قال
انت طالق وقع طلقتان احداهما بالانشا والثانية لوجود الصفة
ولا يقع طلقة ثالثة لوقوع الثانية لان الصفة هي تر ايقاع ولم يتكرر
وان قال كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم قال لها انت طالق طلقت ثلثا
اي واحدة بعد واحدة لان بالاولى توجد صفة الثانية وبالثانية
توجد صفة الثالثة

فصل

وان قال لاربع نسوة ايتكن

وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق ثم قال لاحداهن انت طالق طلقت
ثلثا ثلثا لان طلاق الواحدة يوقع على كل واحدة منهن طلقة ووقوع
هذه الطلقة على كل واحدة منهن يوقع الطلاق على صواحبها
وهن ثلث فتطلق كل واحدة ثلثا وان قال اذا حلفت بطلاقك فانت
طالق ثم قال لها ان خرجت من الدار او ان لم تخرجي او ان لم يكن هذا
الامر كما قلت فانت طالق طلقت لانه حلف بطلاقها ثم اذا وجدت
الصفة وقعت طلقة اخرى لوجود الصفة وان قال اذا طلعت
الشمس او جا الحاج فانت طالق لم تطلق في الحال لان هذا ليس بحلف
لانه ليس فيه منع ولا حث ولا تصديق لانه كاين لا محالة والحلف
ما قصد به المنع من الفعل كقوله ان خرجت من الدار او الحث عليه
كقوله ان لم تخرجي او التصديق كقوله ان لم يكن هذا كما قلت فانت
طالق لان الحلف بالطلاق فرع على الحلف بالله تعالى والحلف بالله تعالى
على ما وصفناه بدليل انه لو قال والله لا طلعت الشمس او والله لا قدم
الحاج لم يكن يمينا لان اليمين عبارة عن تحقيق ما يحتمل المخالفة بذكر
اسم الله تعالى او صفة من صفاته كذا هاهنا وقيل كل تعليق كان بحرف
ان فهو حلف وكل تعليق كان بحرف اذا فليس بحلف لانه لا يستعمل
في اليمين غالبا فعلى هذا لو قال اذا دخلت الدار فانت طالق لم يكن حلفا
ولو قال ان طلعت الشمس فانت طالق كان حلفا وهو ضعيف نعم اذا
طلعت الشمس وقدم الحاج وقع الطلاق لوجود صفة هذا التعليق
قال وان كان له عبيد ونسا فقال كلما طلقت امراة فعبد من
عبيدي حر وان طلقت امراتين فعبدان حران وان طلقت ثلثة فثلثة
اعبد احرار وان طلقت اربعة فاربعة اعبد احرار فطلق اربع نسوة
عتق خمسة عشر عبدا على ظاهر المذهب وقيل عشرة وقيل سبعة عشر

واعلم ان هذه الاوجه مذكوره فيما اذا اتى بكلمة كلما في كل
واحده من التعليقات وهنا ليس كذلك لانه ذكر التعليق الاول بكلما
اما التعليق الثاني والثالث والرابع ذكره بان وان لا تقتضي التكرار
بل ليس لنا في صيغ الشرط ما تقتضي التكرار الا صيغه كلما فقط
فلا ينبغي ان يكون على هذا الوجه بل يعتق ثلثه عشر عبدا لانه تكرر
طلاق واحده اربع مرات فيعتق اربعه اعبد لان هذا التعليق كان
بكلمه كلما وهي تقتضي تكرار الوقوع بتكرر الصفه وقد وجد
تطليق اثنين فيعتق عبدان نظرا الى التعليق الثاني وقد وجد تطليق
ثلث فيعتق ثلثه اعبد نظرا الى التعليق الثالث وقد وجد تطليق
اربع فيعتق اربعه اعبد نظرا الى التعليق الرابع ولا يتكرر
الوقوع بتكرر شي من هذه الصفات الثلث لانه اتى بان وهي لا تقتضي
التكرار ومجموع ذلك ثلثه عشر ويجي ايضا ان يعتق عشره لان
من لم يحكم بعتق اكثر من عشره في كلمه كلما ففي كلمه ان اولى ولو لم يات
في التعليق الاول بكلمه كلما وطلق اربع نسوه متفرقات او مجتمعات
عتق عشره اعبد وجها واحدا نظرا الى وجود الصفات الاربع
وعدم تحقق ما يقتضي التكرار ولو اتى بكلمه كلما في كل واحد من
التعليقات الاربع ثم طلق اربع نسوه ففيه اوجه احدها انه يعتق خمسه
عشر عبدا وهو ظاهر المذهب لانه وجدت الصفه الاولى في الرابعه
اربع مرات والصفه الثانيه مرتين والصفه الثالثه مره والصفه
الرابعه مره ومجموع ذلك خمسه عشر فعلى هذا لو قال كلما صليت ركعه
فعبد من عبيدي حر وكلما صليت ركعتين فعبدان حران وهكذا الى
العشره فصلى عشر ركعات فانه يعتق سبعه وثمانون عبدا
والوجه الثاني انه يعتق عشره كالمسئله قبلها وهذا خطا لان كلما

للتكرار وهي متحققه هنا والوجه الثالث انه يعتق سبعه عشر
عبدا لان صفه الاثنين متحققه ثلث مرات اذ الثانيه والثالثه مره
ايضا وهذا لا يحصل لان ما عد في عدد مره لا يعد فيه اخرى بدليل
ما لو قال كلما اكلت نصف رمانه فعبد من عبيدي حر فاكل رمانه
فانه يعتق عبدان ولا نقول يعتق ثلثه اعبد لان الربع الثاني مع الربع
الاول الثالث نصف كذا هاهنا والوجه الرابع انه يعتق عشرون
لان صفه الاثنين متحققه ثلث مرات على ما تقدم وصفه الاربع متحققه
مرتين اذ الثانيه والثالثه والرابعه مره ايضا وهذا ايضا لا يصح
لان ما عد في عدد مره لا يعد فيه اخرى وان كان له اربع
نسوه حوامل فقال كلما ولدت واحده منكن فصواحبها طوالق فولدن
واحده بعد واحده وقعت على الاولى ثلث طلقات وعلى الثانيه
طلقه وعلى الثالثه طلقتان وعلى الرابعه ثلث طلقات ذكرها ابن
الحداد واختاره القفال وقال ابن القاص يقع على كل واحده
منهن طلقه الا الاولى فانه لا يقع عليها شي واختاره ابو الطيب
ولو ولدن دفعه واحده طلقت كل واحده ثلثا من غير اختلاف فيه وقال
القاضي الماوردي الاصح عندي انه يرجع الى ارادته فان اراد
الشرط فالصحيح ما قاله ابن القاص وان اراد التعريف فالصحيح ما
قاله ابن الحداد وان لم تكن اراده او لم تعلم ارادته حمل على التعريف
دون الشرط قال وان قال متى وقع عليك طلاقي فانت طالق
قبله ثلثا ثم قال لها انت طالق لم تطلق وهذا قال به كثير من اصحابنا
كابي بكر بن الحداد المصري والشيخ ابي حامد الاسفرايني
والقاضي ابي الطيب وهو اختيار المصنف قال القاضي لقد
سهى بعضهم فنسب ذلك الى ابن سريج وعلى هذا الوجه انا اذا اوقعنا

القاضي

عليها الطلقة المباشرة لزمنا ايقاع ثلث قبلها لوجود الشرط ولو
وقع ثلث قبلها لما وقعت وما ادى ثبوته الى نفيه لا يثبت بدليل انه لو
زوج عبده من امراة بالف ضمنها ثم باعه منها بالالف قبل الدخول
لم يصح البيع واذا لم يقع الطلقة بالمباشرة ففي مجرد التعليق فلا يقع
به شي وقيل يطلق طلقة لانه باشرها بالايقاع ولا يقع المعلق لان
اثباته يودي الى نفيه فسقط فصار كما لو اعتق في مرضه امة
وتزوجها صح النكاح ولا ترث ولا نقول لا يصح النكاح لانه لو صح لثبت
الارث ولزم المحال هكذا هنا وهذا قول ابن القاص وابن سريج
وابي زيد المروزي واختيار ابن الصباغ وقيل يطلق ثلثا طلقة
بالمباشرة وطلقتين بالتعليق لان المحال نشا من قوله قبله فيلغوا
ويصير كما لو قال متى طلقتك فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق
هذا اذا كانت مدخولا بها واما لو لم تكن مدخولا بها فانه لا يقع عليها
على هذا الوجه الا الطلقة واحدة بالتنجيز ولا يقع المعلق لانها بانت
وهذا قاله ابو عبد الله الحسين ولا فرق بين ان ياتي بمتى او بان او باذا
بل الكل على الخلاف وعلى الاول لو قال لها ان اسلك او فسخت نكاحك
او ظاهرت او اليت او راجعتك فانت طالق قبله ثلثا امتنعت
هذه التصرفات ولو علق الطلاق على فعل شي ثم قال اذا وقع عليك
طلاقي فانت طالق قبله ثم فعله طلقت في احد الوجهين لان عقد
اليمين قد صح ولا يمكن رفعه والمذهب الاول تفريعا على الاول
انه لا يقع كما لو تاخر التعليق

فصل

وان قال
اي وقت لم اطلقك فانت طالق فمضى وقت يمكنه ان يطلق فيه فلم
يطلق طلقت لان ذلك متناول لكل زمان وكذا لو قال متى لم او مهما
لم او اي زمان او اي حين لم اطلقك فانت طالق واما لو قال كلما لم اطلقك
فانت طالق فمضى ثلثة اوقات لم يطلق فيها وقع عليها ثلث طلقات
واحدة بعد واحدة ان كانت مدخولا بها وان قال ان لم اطلقك فانت
طالق فالمنصوص انها لا تطلق الا في اخر العمر وان قال اذا لم اطلقك
فانت طالق فالمنصوص انه اذا مضى زمان يمكنه ان يطلق فلم يطلق
طلقت وقيل فيهما قولان اي بالنقل والتخريج احدهما انه على
الفور اعتبارا بما لو استعملها في تعليق الطلاق ببذل عوض والثاني
انهما على التراخي لان حرف اذا يستعمل في الشرط فيقال اذا رايت
زيدا فافعل كذا وان ايضا كذلك فاستويا وان يقتضي التراخي وكذا
اذا والصحيح الفرق لان اذا في نيا ولها الازمان بمنزلة متى واي
وقت على ما بيناه في الخلع خلاف ان فانها تستعمل في الفعل بصبر
تقديران فاتني ان طلقتك فانت طالق والفوات يكون بموت احدهما
وايضا فان لفظة اذا تستعمل فيما يتحقق وجوده وحرف ان يستعمل
فيما يشك في وجوده بدليل انه يقال اذا طلعت الشمس ولهذا
قال الله تعالى اذا السما انشقت ولا يقال ان طلعت الشمس ويقال
ان قدم زيد فوجب ان يكون اذا للفور وان للتراخي وان قال
انت طالق الى شهر لم تطلق الا بعد الشهر لانه روي ذلك
عن ابن عباس رضي الله عنه ولا مخالف له من الصحابة ولان الى
تستعمل لانتهاء الغاية تستعمل كقولهم فلان خارج الى شهر اي بعد
شهر فلا يقع الطلاق في الحال بالشك نعم لو قال اردت به تاقيت
الوقوع بالشهر وقع الطلاق في ما بعده وان قال انت طالق
في شهر رمضان طلقت في اول جزء منه خلافا لابي ثور لنا انه جعل
الشهر ظرفا له واذا وجد ما هو ظرف للطلاق وقع باول جزء منه كما
لو قال اذا دخلت الدار فانت طالق فدخلت جزءا منها وان قال اردت

به الحين الاخير منه لم يقبل في الحكم لانه يدعي خلاف الظاهر
لكن يدين فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال وان قال انت
طالق في اول اخر رمضان فقد قيل يطلق في اول ليلة السادس
عشر لان الشهر نصفان اول واخر وهذا اول النصف الاخر
وقيل في اليوم الاخير منه وبهذا قال اكثر الاصحاب لان اخر
الشهر هو اليوم الاخير وان قال انت طالق في اخر اول الشهر
طلقت في اخر النصف الاول وقيل في اخر الليلة الاولى وقيل في
اخر اليوم الاول قال بعض المتاخرين هذا الوجه الاخير
غلط ولو قال انت طالق في اخر اول اخر رمضان فقد قيل يطلق
عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر وقيل يطلق عند
غروب الشمس من اليوم الاخير من الشهر ولو قال انت طالق
في اول اخر الشهر فقد قيل تطلق بطلوع الفجر من اليوم الخامس
عشر وقيل تطلق بطلوع الفجر من اول يوم من الشهر قال
بعضهم هذا غلط بل ينبغي ان يطلق في اول الليلة التي يرى فيها
الهلال قال وان قال اذا مضت سنة فانت طالق اعتبرت
سنة بالاهلة لانها هي السنة المعهودة في الشرع قال الله تعالى
يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج وان كان
العقد في اثنا الشهر اعتبر شهرا بالعدد اي ويكمل من
الشهر الاخر للضرورة واعتبر الباقي بالاهلة لما سبق وان قال
اذا مضت السنة فانت طالق طلقت اذا مضت بقية السنة التاريخ
وهو انسلاخ ذي الحجة قلت البقية او كثرت وان قال انت طالق
اليوم اذا جا غدا لم تطلق لا في اليوم لعدم الشرط وهو مجي الغد
ولا في الغد لتضمن اليوم قال امام الحرمين ويحتمل اذا جا

الغد ان تبين وقوع الطلاق كما اذا قال اذا مات فلان فانت طالق قبله
وان قال انت طالق قبل موتي او قبل قدوم زيد بشهر فمات او قدم
زيد بعد شهر طلقت قبل ذلك بشهر لوجود الصفة وينبغي ان
يشترط فيه مع مضي شهر لحظة اخرى ليقع الطلاق بعد العقد
وان قدم قبل الشهر فوجهان احدهما انه بمنزلة ما لو قال
انت طالق امس والثاني وهو قول اكثر الاصحاب انه لا يقع لانه
علق الطلاق على صفة قد كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها
بخلاف تلك المسئلة قال وان قال انت طالق امس طلقت
في الحال لانه وصف الطلاق بما لا يتصف فلغت الصفة ووقع الطلاق
كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة انت طالق للسنة وقيل فيه قول
اخر انه لا يقع وهو مخرج من مسئلة الصعود وهذا اذا قال
اردت اني اوقع الطلاق الان امس اما لو قال اردت اني طلقتها
امس طلقت بالاعتراف ولو قال انت طالق غدا امس او امس غدا طلقت
في الحال قال وان قال ان طرت او صعدت الى السما فانت
طالق لم تطلق لانه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلا يقع
وقيل فيه قول اخر انها تطلق وهو مخرج من المسئلة قبلها والصحيح
الفرق اذ الصعود الى السما ليس مستحيل في قدرة الله تعالى فاعتبرت
الصفة وايقاع الطلاق في زمان ماض مستحيل فلغت الصفة
ووقع الطلاق ولان ايقاع الطلاق في الزمان الماضي يتضمن وقوعه
في الحال وهو غير محال فاعملناه فيه والتعليق بالصفة لا يتضمن
وقوع الطلاق قبل الصفة فافترقا وان قال ان رايت الهلال
فانت طالق فراه غيرها طلقت اي اذا ثبت رويته وثبت دخول الشهر
وكذا لو عدوا الشهر الذي قبله ثلثين يوما طلقت لان روية الهلال

في عرف الشرع هو العلم بحصوله بدليل قوله عليه السلام اذا رايتم
الهلال فصوموا لرويته واذا رايتموه فافطروا لرويته والمراد به
العلم ولفظ الحالف ينصرف الى عرف الشرع بدليل ما لو علق الطلاق
بالصلاة ولو فسره برويتها بنفسها قبل في الحكم على احد الوجهين
وان راته بالنهار اي في نهار التاسع والعشرين من الشهر
الذي قبله لم تطلق اي حتى تغرب الشمس وقيل تطلق وليس بشي
لان رويه الهلال ان يراه في الشهر وذلك بعد الغروب وان كتب
الطلاق ونوى وكتب اذا جاك كتابي فانت طالق فجاها وقد امتحى موضع
الطلاق لم يقع لان المقصود لم يانها وان امتحى غير موضع الطلاق
وبقي موضع الطلاق فقد قيل يقع لان المقصود قد اتاها وقيل
ان كان كتب ان اتاك كتابي وقع لما سبق وان كتب اذا اتاك كتابي
هذا لم يقع لان هذا اسم جميعه ولم ياتها وقيل لا تطلق بحال
وقيل ان اتاها معظم الكتاب طلقت والا فلا واعلم ان هذا كله
تفريع على قولنا ان الطلاق يقع بالكتابة مع النية ٥ وان قال
ان ضربت فلانا فانت طالق فضربته ميتا لم تطلق لان القصد بالضرب
ما يتالم به المضروب وهذا ليس كذلك ولو ضربته وهو حي ضربا غير
مولم لم تطلق وقيل تطلق وان قال ان قدم زيد فانت طالق فقدم به
ميتا لم تطلق لانه ما قدم وانما قدم به وان حمل مكرها لم تطلق لما
ذكرنا وان اكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كما في الصوم
مكرها على الاكل وان قدم غير مكره الا انه لم يعلم باليمين او كان
عالما باليمين فنسيها عند القدوم نظرت فان كان القادم ممن لا يقصد
الحالف منعه من القدوم كالسلطان والحاج او اجنبي لا يمتنع من
القدوم لاجل اليمين طلقت لان ذلك ليس بيمين وانما هو تعليق بصفة

فاشبه ما لو قال ان دخل الحمار الدار فانت طالق وان كان القادم
ممن يقصد الحالف منعه كقرابة الرجل وقرابة المراة وبالجملة من
يسوه طلاقها فوجهان بنا على القولين فيمن حلف لا يفعل شيا
ففعله ناسيا وحكى ابن الصباغ عن الشيخ ابي حامد انه قال ينبغي
ان يقال اذا كان المحلوف على قدومه ممن يمنعه الحالف من القدوم
باليمين رجع الى قصد الحالف فان قصد منعه من القدوم فهو كما
مضى وان اراد ان يجعل ذلك وصفا كان ذلك صفة قال الطبري
ولو قدم المحلوف على قدومه وهو مجنون فان كان يوم عقد اليمين
عاقلا ثم جن بعد ذلك لم يقع الطلاق لانه لا حكم لفعله وان
كان في ذلك اليوم مجنونا وقع الطلاق لانه يجري مجرى الصفات
قال وان قال ان خرجت الا باذني فانت طالق فاذن لها وهي
لا تعلم فخرجت لم تطلق لانها لم تخرج بغير اذنه قال الطبري
اذا خرجت على ظن انها تطلق فهل تطلق فيه وجهان بنا على الوكيل
اذا تصرف بعد العزل وقبل العلم بالعزل وان اذن لها فخرجت
بالاذن ثم خرجت بغير الاذن لم تطلق لان ان لا تقتضي التكرار فصار
كما لو قال ان خرجت مره بغير اذني فانت طالق وان قال كلما
خرجت الا باذني فانت طالق فاي مره خرجت بغير الاذن طلقت
لان كلما تقتضي التكرار واذا اراد التخلص من اليمين فيقول لها
اذنت لك ان تخرجي ابدا او متى شئت وان قال اذا خرجت لغير الحمام
بغير اذني فانت طالق فخرجت الى الحمام ثم عدلت الى غير الحمام
لم تطلق وان كان بالعكس طلقت وان قصدتهما بالخروج فوجهان
قال وان قال ان خالفت امري فانت طالق ثم قال لا تخرجي فخرجت
لم تطلق لانها لم تخالف امره وانما خالفت نهيه قال الغزالي

وفي هذا نظر من حيث العرف ٥ وان قال ان بدانك بالكلام فانت طالق
فقالت وان بدانك بالكلام فعبدي حر فكلمها لم تطلق المراه ولم
يعتق العبد اي وان كلمته بعد ذلك لان يمينه انحلت بيمينها ويمينها
انحلت بكلامه وان قال وهي في ماء جار ان اقمت في هذا الماء فانت
طالق وان خرجت فانت طالق لم تطلق خرجت او اقامت لان الاشاره
وقعت الى الماء الذي كانت فيه حال اليمين وقد مضى بجريانه ولم تخرج
منه ولم تقم فيه وقال القفال تخرج على القولين فيما لو قال
ان لم تشربي ماء هذا الكوز فانت طالق فانصب ذلك لما قال وان
قال ان شئت فانت طالق فقالت في الحال شئت طلقت فان كانت صادقه
طلقت ظاهرا وباطنا وان كانت كاذبه فهل تطلق باطنا فيه وجهان
مبنيان على ان المعلق عليه اللفظ او المعنى وعلى الوجهين تخرج
ما لو كانت صغيره فقالت شئت قال وان اخرت لم تطلق وقيل
اذا وجد في المجلس طلقت وقد تقدم مثال ذلك وان قالت شئت ان شئت
فقال شئت لم تطلق لان المشيه خبر عما في نفسها من الاراده
وذلك لا يتعلق بالشرط لانه خبر عن ماض ولو قالت شئت ان شئت
او ان شئت بالفتح طلقت وان قال من بشرني بكذا فهي طالق
فاخبرته امراته بذلك وهي كاذبه لم تطلق لان البشاره اول
خبر صادق وان قال من اخبرني بقدوم فلان فهي طالق فاخبرته
امراته بذلك وهي كاذبه طلقت لان الكذب خبر كالصدق ولو
اخبرته اخرى ايضا طلقت وقال المسعودي اذا قال
ايتكن اخبرتني بقدوم زيد فهي طالق فاخبرته وهي كاذبه لم تطلق
وان قال ايتكن اخبرتني بان زيدا قدم فهي طالق فاخبرته وهي
كاذبه لم تطلق قال وان قال ان كلمت فلانا فانت طالق فكلمته

مجنونا او نايما لم تطلق لانه لا يتكلم فاشبه الميت وان كلمته
بحيث يسمع الا انه تشاغل بشي فلم يسمع طلقت لوجود الصفه عرفا
وان كلمته اصما فلم يسمع للصمم فقد قيل تطلق كالمسله قبلها وقيل
لا تطلق وقال ابن الصباغ وهو الاصح لان يراعي ان ما يكون
كلاما بدليل اختلافه بقربه وبعده وهذا ليس تكليما له لانه لا
يسمعه مثله ٥ وان قال ان كلمت رجلا فانت طالق وان كلمت
طويلا فانت طالق وان كلمت فقيها فانت طالق فكلمت رجلا طويلا فقيها
طلقت ثلثا لوجود الصفات الثلث وان قال انت طالق ان دخلت
الدار بفتح الالف وهو يعرف النحو طلقت في الحال لانه تعليل لا شرط
اما اذا لم يكن من اهل الاعراب حمل على الشرط كان المكسوره لان
الظاهر انه لا يعرف بين المكسوره والمفتوحه هكذا قال الشيخ
ابو حامد وقال ابو الطيب يقع الطلاق في الحال حملا للفظ على
مقتضى اللغه الا اذا قال اردت به الشرط فحينئذ يقبل لانه معذور
بالجهل وقال ابن الصباغ هذا اولى وقال ايضا لو قال ان دخلت الدار
انت طالق بغير الفا لم تطلق حتى تدخل الدار وقيل تطلق في الحال
قال وان قال انت طالق لرضا فلان طلقت في الحال لما بيناه
وان قال اردت ان رضي فلان قبل منه لانه يحتمل وقيل لا يقبل لانه
خلاف لظاهر اللفظ فاشبه ما اذا قال انت طالق ثم قال اردت
ان دخلت الدار والاول اصح لان ظاهره يصلح للشرط بدليل قوله
انت طالق للسنه فان معناه اذا جا وقت السنه بخلاف ثم الشرط
وان قال انت طالق وقال اردت ان دخلت الدار لم يقبل في الحكم
لما بيناه ودين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتماله وان قال انت طالق
ان دخلت الدار ثم قال اردت في الحال اي وانما سبق لساني الى الشرط

قبل منه لانه اقرار بالطلاق وان قال ان جا راس الشهر فانت
طالق ثم قال عجلت لك ذلك لم يتعجل لانه حق تعلق بالشرط فلم
يتعجل كالجعل في الجعاله قال في التتمه ويخالف الدين المؤجل
حيث قلنا يتعجل باسقاط الاجل في احد الوجهين لان هناك اصل الدين
واجب وانما تاخرت المطالبه فكان التعجيل موافقا لمقتضى العقد
وهنا اصل الطلاق ما ثبت وانما ثبت عند الشرط وهو نظير الجعل
في الجعاله وحكى الغزالي في البسيط انه يتنجز طلقه في الحال
وهل يقع ثانيه عند وجود الصفه فيه وجهان قال وان قال
ان دخلت الدار فانت طالق ثم بانت منه ثم تزوجها فدخلت الدار ففيه
ثلثه اقوال احدها تطلق لان العقد والصفه وجدا في عقد النكاح
فاشبه اذا لم يتخللها بينونه والثاني لا تطلق وهو اختيار المزني
لانها صفه علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق
كما لو قال لاجنبيه ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها ودخلت الدار
والثالث ان عادت بعد الثلث لم تطلق وان عادت قبله طلقت
لان بالثلث انقطعت علايق الملك وبما دونها لم ينقطع بدليل انه يبنى
احد العقدين على الاخر في عدد الطلاق قال والاول اصح وكذا
قال المحاملي الا انه ذكر هنا الاصح انه يقع وذكر في الخلع ان الاصح انه لا يقع

باب الشك في الطلاق وطلاق المريض

الشك امران لا مزيه لاحدهما على الاخر كشك الانسان في الغيم
المتكاثف انه يكون منه المطر ام لا ه قال اذا شك هل طلق امراته
ام لا لم تطلق عملا بالاصل والورع ان كان بعد الدخول اما اذا كان
قبل الدخول يجدد نكاحها ان كان له فيها رغبه لقوله عليه السلام

دع ما يريبك الى ما لا يريبك فان لم يكن له فيها رغبه طلقها لتحل
لغيره بيقين ه وان شك هل طلق واحده او اكثر لزمه الاقل لانه
المتيقن والاصل عدم الزياده والورع ان كانت عادته ان يطلق
ثلثا ان يبتدي ايقاع الطلاق الثلث حتى لو تزوجها بعد زوج اخر
ملك عليها ثلث طلقات بيقين وان طلق احدى المراتين بعينها ثم
اشكل بان طلقها في ظلمه او من وراء ستر وقف عن وطيهما حتى
يتذكر لانه اختلط الحرام بالمباح فغلب التحريم فان قال
هذه بل هذه طلقتا لانه اقر بطلاق الاوله ثم رجع عنه واقر بطلاق
الثانيه فلم يقبل رجوعه عن الاوله ولزمه اقراره للثانيه وان
وطي احداهما لم يتعين الطلاق في الاخرى لان الطلاق لا يقع بالفعل
فكذلك بيانه فلو عين الطلاق في الموطوه لزمه مهر المثل له
قال واذا عين وجبت العده من حين الطلاق لانه وقت
الوقوع والنفقه عليه الى ان يعين لانهما محبوستان بعقد النكاح
وان طلق احداهما لا بعينها لزمه ان يعين لتمييز المطلقه عن
غيرها وان قال هذه لا بل هذه طلقت الاوله دون الثانيه ويخالف
المسله الاولى فان تعيينه ثم اخبار ويحتمله الصدق والكذب
وكل من الخبرين يحتمل التصديق والتكذيب فواخذناه بهما
وهنا ينشي التعيين فاذا عين واحده صح تعيينها ولا يملك الرجوع
فيه وان وطي احداهما تعين الطلاق في الاخرى على ظاهر المذهب
لان هذا تعيين شهوه واختيار فصح بالوطي كوطي البايع الجاريه
المبيعه في مده الخيار وقيل لا يتعين قال ابن الصباغ وهو
ظاهر مذهب الشافعي كما في المسله قبلها قال واذا عين
وجبت العده من حين الطلاق وقيل من حين التعيين والاول اصح

وهذا الخلاف مبني على ان الطلاق وقع بالتعيين او بالتطليق والتعيين
مبين للمحل وفيه وجهان احدهما انه وقع بالتعيين لانه لو وقع قبل
التعيين لوقع لا في محل وهو محال والثاني تقع بالتطليق لانه لا يجوز
ثبوته في الذمة والاصل اعمال السبب الا انه لم تتعين المطلقة فاذا
عينها تبينا ان الطلاق كان واقعا عليها والنفقة عليه الى ان تعين
لما سبق وان ماتت المراتان قبل التعيين اي وكان الطلاق باينا وقف
من ميراث كل واحدة منهما نصيب زوج الى ان تعين لانه ثبت ارثه
من احداهما بيقين فان كان في المسالة الاولى وكذبه ورثة المراة
التي عينها حلف لهم وان كان في المسالة الثانية لم يلتفت الى الورثة
وقال بعض الخراسانيين في المسالة الثانية اذا قلنا ان الطلاق
يقع بالتعيين لم يكن للزوج التعيين وهو محجوج قال وان
مات الزوج وقف لهما من ماله نصيب زوجة لانه قد ثبت ارث احداهما
بيقين فان قال الوارث انا اعرف الزوجة فهل يرجع اليه فيه قولان
احدهما نعم كما يقوم مقامه في استلحاق النسب بالاقرار
والرد بالعيب والثاني لا لانه يودي الى ان يسقط بعض الورثة
بعضا وهو ممتنع وقيل يرجع اليه في الطلاق المعين لانه اخبار
فجاز ان يقوم الوارث فيه مقامه كما لو مات وتحته اكثر من اربع
نسوة فان ماتت احداهما ثم مات الزوج ثم ماتت الاخرى رجع الى
وارث الزوج فان قال الاولى مطلقة والثانية زوجة قبل منه لانه
غير متهم وان قال الاولى زوجة والثانية مطلقة اي وكذبوه
فهل يقبل منه فيه قولان سبق بيانهما والذي يقتضيه المذهب
في الطريق الثاني ايضا فان قلنا لا يرجع اليه وقف الميراث حتى يصطلحا
عليه اي يوقف قدر نصيب الزوج من تركة الميتة اولا حتى يصطلح

ولا يرجع اليه في المبهم لانه اختيار شهوة فلا يقوم الوارث فيه مقامه

عليه ورثتها ووارث الزوج ويوقف قدر نصيب زوجة من تركة الزوج
حتى يصطلح وارث الزوج ووارث الزوجة لتعذر البيان فان قلنا يرجع
الى وارث الزوج فهم يبينونه فان كان في صورة النسيان حلف
لورثة الاولى انه لا يعلم انه طلقها واخذ ميراث الزوج وحلف
لورثة الثانية انه طلقها وسقط ميراثها من الزوج وان كان في صورة
الابهام لم يحلف كالزوج قال وان قال لزوجته واجنبية
احداكما طالق رجع اليه فان قال اردت الاجنبية قبل قوله ولو قال
لم ارد شيئا طلقت زوجته وان كان له زوجة اسمها زينب فقال
زينب طالق ثم قال اردت اجنبية اسمها زينب لم يقبل في الحكم ويدين
فيما بينه وبين الله تعالى وقد فرق الاصحاب من وجهين احدهما
ان اسم العلم متناول لزوجته وللاجنبية تناولا واحدا فاذا وقع
الطلاق على من هذا اسمها فالظاهر انه لا يطلق الا زوجته فلم
يقبل عدوله عن الظاهر وفي قوله احداكما لا يتناول الزوجة والاجنبية
بل لا يتناول الا احداهما دون الاخرى فاذا اخبر انه اراد الاجنبية
لم تكن دعواه مخالفة للظاهر الوجه الثاني في الفرق ان قوله
زينب طالق ليس بصريح في واحدة منهما وانما قلنا بها من جهة
الدليل وهو الاشتراك في الاسم ثم تقابل هذا الدليل دليل اخر وهو انه
لا يطلق غير زوجته فصار اللفظ في زوجته اظهر فلم يقبل خلافه
وقوله احداكما صريح فيهما وانما يصرف الى زوجته بقرينة الزوجية
فاذا صرفه هو الى الاجنبية فقد صرفه الى ما يقتضيه بصريحه فقبل
منه ومن اصحابنا من قال لا فرق بين المسالتين وجعلهما على وجهين
قال وان قال يا زينب فاجابته عمرة فقال انت طالق وقال ظننتها
زينب اي وقصدت مع هذا الظن طلاق التي اجابتني طلقت عمرة ولا

تطلق زينب لانه خاطب عمره بالطلاق وان ظنها زينب فهو كما
لو قال لاجنبيه انت طالق وقال ظننتها زوجتي لم تطلق زوجته لان
الطلاق انصرف بالاشاره الى التي اشار اليها دون التي ظنها وهكذا
الحكم فيما لو قال اردت عمره وانما ناديت زينب لامرها بحاجه
وان قال علمت ان التي اجابتني عمره ولكني لم ارد طلاقها وانما اردت
طلاق زينب طلقت زينب ظاهرا وباطنا لاعترافه وطلقت عمره
في الظاهر لانه خاطبها بالطلاق والظاهر انه ارادها ودين في
الباطن لان ما قاله محتمل وان قال ما علمت ان التي اجابتني عمره
بل ظننتها زينب واياها طلقت قال الشيخ ابو حامد هي كالمسله
قبلها واما لو قال ظننتها زينب واقتصر عليه فقد قال ابن الحداد
لا تطلق زينب وهل تطلق عمره فيه وجهان قال امام الحرمين
لو قال تطلق عمره ظاهرا وهل تطلق زينب فيه وجهان لكان اقرب
وان قال ان كان هذا الطاير غرابا فانت طالق وطار ولم يعرف
لم تطلق امراته لجواز ان يكون غير غراب وان قال ان كان غرابا
فانت طالق وان لم يكن غرابا فعبدي حر وقف عن التصرف فيهما
حتى يعلم لانه علم زوال ملكه عن احدهما فاشبه ما لو طلق احدى
امراتيه ويوخذ بنفقتهما الى ان يعين حبس الى ان يعلم الحال
وان لم يعلم وقف الامر ولم يحبس قال فان لم يعلم حتى مات
فقد قيل يقوم الوارث مقامه لما سبق في ابهام الطلاق وقيل لا يقوم
وهو الاصح لان للقرعه مدخلا في العتق وهو اولى من تعيين
الوارث ولهذا لو وقع الابهام في محض الرقاب تعينت القرعه
وقال بعض المتاخرين اذا ان عين غرابا قبل منه وجها واحدا لانه اقر
بما فيه تغليظ عليه لوجهين احدهما ارث الزوجه والثاني

عتق العبد قال ويقرع بين العبد والزوجه اي بان يجعل الزوجه
جزا والعبد جزا ويضرب سهم حنث وسهم بر فان خرج السهم اي
سهم الحنث على العبد عتق وان خرج اي سهم الحنث على الزوجه
لم تطلق خلافا لابي ثور لنا ان القرعه لا مدخل لها في الطلاق
ولان النص ورد في العتق ولا يمكن قياس الطلاق عليه لان الطلاق
حل للنكاح ولا مدخل للقرعه في النكاح بالاجماع وانما اقرعنا هنا
لاجل العتق لا لاجل الطلاق ومثل ذلك غير ممتنع كما تسمع شهاده
رجل وامراتين في السرقه لاجل ضمان المسروق دون القطع ٥
قال ولكن يملك التصرف في العبد وقيل لا يملك وهذا
الخلاف في انه هل يتعين الرق في العبد ويزول الشك فيه وجهان
احدهما نعم لخروج السهم على الزوجه كما يعتق عند خروج
السهم عليه والثاني لا لان القرعه اذا لم تعمل فيما خرجت
عليه لم تعمل فيما لم تخرج عليه فان قلنا زال الشك تصرف الورثه
مع زوال الشك وان قلنا لم يزل تصرفوا مع بقا الشك فان قيل
الوارث يقوم مقام الموروث والموروث لم يحل له التصرف مع
الشك فكذا الوارث قلنا الفرق ان في حق الموروث يتعين
الحنث في احد ملكيه اما العبد والزوجه فوقفنا عنهما والورثه
يملكون العبد دون الزوجه فلم يتعين الحنث في حقهم ٥

فصل

وان طلق امراته ثلثا في المرض اي
المخوف ومات اي منه لم ترثه في اصح القولين لانها باين قبل موته
وترث في الاخر لقضا عثمان رضي الله عنه بذلك في تماضر زوجه
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه والى متى ترث فيه ثلثه اقوال
احدها ترث اي وقت مات لان توريثها للفرار وهو متحقق ابدا والثاني

ان مات قبل ان تنقضي العده ورثت لبقا بعض احكام النكاح وان مات بعده لم ترث اذ لم يبق حكم من احكام النكاح فعلى هذا لو كانت غير مدخول بها لم ترث اذ لا عده والثالث ان مات قبل ان تتزوج ورثته وان تزوجت لم ترثه ولانه يودي الى ان ترث من زوجين او ازواج وهو ممتنع وان سالته الطلاق الثلث فقد قيل لا ترث لانه ليس بمتهم في طلاقها فلم ترثه كما لو كان في حال الصحه وقيل على القولين لان التوريث ثبت لقضيه عمر وكانت قد سالت الطلاق وان علق طلاقها على صفه تفوت بالموت بان قال ان لم اتزوج عليك فانت طالق ثلثا فمات فهل ترثه فعلى القولين لتحقق التهمه وان علق طلاقها على صفه لا بد لها منه كالصوم والصلاه فهي على القولين لتحقق التهمه بخلاف ما لو كانت الصفه مما يمكنها تركها ككلام زيد فانها لو كلمته لم ترث قولا واحدا على اصح الطريقين لانتفا التهمه وان لاعنها في القذف لانه به حاجه اليه لدرا الحد فتنتفي التهمه وقيل وان كان القذف ايضا في المرض لم ترث وان قال اذا جا راس الشهر فانت طالق ثم وجدت الصفه وهو مريض لم ترث لانه غير متهم حال عقد الصفه وقيل يطرد القولين نظرا الى وجود الصفه ٥

باب الرجعه

وهي عباره عن الرد الى النكاح بعد الطلاق قال اذا طلق الحر امراته طلقه او طلقتين او طلق العبد طلقه بعد الدخول بغير عوض فله ان يراجعها قبل ان تنقضي العده لقوله تعالى واذا طلقتم النسا فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف والمراد اذا قاربن اجلهن فراجعوهن وكحديث ابن عمر رحمه الله عليه فههنا اربع قيود ٥ احدها ان لا يكون مستوفيا لعدد الطلاق لانه اذا استوفاه

لم يملك الرجعه لما سيتضح والثاني ان يكون بعد الدخول لان الله تعالى اثبتها في العده ولا عده على غير المدخول بها ٥ الثالث ان يكون الطلاق بغير عوض لانه لو كان بعوض لكان باينا لما بيناه في باب الخلع ٥ الرابع ان يكون قبل انقضا العده للايه ٥ قال وله ان يطلقها ويظاهر منها ويولي منها قبل ان يراجعها لان الزوجيه باقيه وهل له ان يخالعها فيه قولان اصحهما ان له ذلك لبقا احكام الزوجيه والثاني لا لان الخلع للتحريم وهي محرمه فعلى هذا ينفذ طلاقا رجعيا وقيل يصح خلعها بالثالثه دون الثانيه لانه يفيد تغليظ الحرمه وان مات احدهما ورثه الاخر لبقا الزوجيه الى الموت ولا يحل له وطيها والاستمتاع بها ولا النظر اليها قبل ان يراجعها لانها معتده فهي كالمختلعه والمعنى فيه ان العده شرعت لمعرفه براه الرحم فلو ابحنا له الوطي ومقدماته لا يفضي ذلك الى الوطي بسبب الشغل فان وطيها قبل ان يراجعها اي ولم يراجعها حتى بانت فعليه المهر اي مهر المثل لان العده لما انقضت قبل اجتماعهما على النكاح تبينا انه وطيها وهي اجنبيه منه ولم يحد لكونه مختلفا في اباحته ووجب عليه مهر المثل كما لو وطي اجنبيه بشبهه وان وطيها ثم راجعها لزمه المهر على ظاهر النص وقيل فيه قول مخرج انه لا يلزمه وقد بينا ذلك في باب نكاح المشرك وان كان الطلاق قبل الدخول او بعد الدخول بعوض فلا رجعه له وقد بينا ذلك وان اختلفا فقال قد اصبتك فلي الرجعه وانكرت المراه ذلك فالقول قولها لان الاصل عدم الوطي وبخلاف ما لو ادعى الوطي وهو مولي او عنين فان القول قوله لان ثم تدعي المراه ما يستحق الفسخ والاصل عدمه واما الصداق فان كانت قد قبضته لم يرجع عليها بشي منه

لانه لا بيد عليه وان كانت لم تقبضه لم يطالب الا بالنصف لانه لا يدعي
الا ذلك قال ولا تصح الرجعه الا بالقول لانه استباحه بضع
مقصود فصح بالقول ولم يصح بالفعل مع القدره على القول كالنكاح
قال وهو ان يقول راجعتها او ارتجعتها او رددتها لانه ورد
به الشرع اما الرجعه فلحديث ابن عمر رحمه الله واما الرد فلقوله
تعالى وبعولتهن احق بردهن ولا يشترط ان يقول الى النكاح
على اشهر الوجهين وان قال امسكتها فقد قيل يصح وهو الاصح لانه
ورد به القران وقيل لا يصح الرجعه رد والامساك يستعمل في البقا
دون الرد والشيخ ابو حامد جعل الخلاف في انه صريح او كنايه
قال وان قال تزوجتها او نكحتها فقد قيل لا يصح وقيل
يصح لان النكاح اكد من الرجعه فاذا صح به فالرجعه اولى والاول
اظهر لان الرجعه لا تنعقد بالكنايه كالنكاح والنكاح كنايه
فيها لكونه صريحا في حكم اخر من النكاح ولم نعلم لنا وجه حكاه
الخراسانيون ان الرجعه تنعقد بالكنايه مع النيه وله التفات على
اذا قلنا بالمذهب وهو ان الرجعه لا يشترط فيها الاشهاد
قال ولا يصح تعليق الرجعه على شرط ولا تصح في حال الرده
كالنكاح وان اختلفا فقال راجعتك قبل انقضا العده وقالت
بل انقضت عدتي ثم راجعتني فان كانت المراه سبقت بدعوى
انقضا العده ثم قال الرجل كنت راجعتك فالقول قولها لان الاصل
حصول البينونه وعدم الرجعه وان سبق الرجل بدعوى الرجعه
ثم ادعت هي انقضا العده فالقول قوله لانه يملك الرجعه وقد صحت
في الظاهر فلا يقبل قولها في ابطالها وايهما قبلنا قوله فعليه اليمين
وان ادعيا معا فالمذهب ان القول قول المراه لان [illegible] منهما بانقضا

العده انما يكون بعد انقضايها وقوله انما يقع في زمان قد
اخبرت بانقضا العده فيه وقيل يقرع بينهما لاستوايهما وقيل
القول قوله واعلم ان المسله فيها ثلث طرق احدها هذه قال
الشيخ ابو حامد ولا يجي على المذهب غير هذه الطريقه الثانيه
انها على قولين احدهما وهو المنصوص هنا ان القول قول
المراه لان الظاهر حصول البينونه بالطلاق وعدم الرجعه والثاني
ان القول قول الزوج وهو مخرج مما اذا اسلمت المراه وتخلف
الزوج ثم اسلم فقالت اسلمت بعد انقضا عدتي وقال بل قبل انقضا
عدتك فان القول قول الزوج على المنصوص ولا فرق بين المسلتين
والعله فيه ان الزوجه سبب رفع النكاح وهو ينكره فكان القول
قوله كما لو ادعى المولي والعنين الاصابه وانكرت المراه الطريقه
الثالثه ان قول كل واحد منهما يقبل فيما اخبر به فيقال للزوج
في اي زمان راجعتها فاذا قال في اليوم الفلاني فان صدقته ثبت
وان كذبته فالقول قوله مع يمينه ويقال لها في اي زمان انقضت
عدتك فاذا اخبرت فان صدقها ثبت وان كذبها فالقول قولها
مع يمينها فاذا ثبت الوقتان نظرنا ايهما سبق وحكمنا به وهذه
الطريقه جاريه في المسله المخرج منها في الطريقه الثانيه
وفي المرتد اذا عاد الى الاسلام وتنازعا فلو تنازعا مع قيام العده
فقال راجعتك امس وانكرت فالقول قوله لانه قادر على الانشا
فاشبه الوكيل قبل العزل وقيل القول قولها لان الاصل عدم الرجعه
فان اراد الانشا فلينشي

فصل

واذا طلق الحر
امراته دون الثلث او العبد امراته طلقه ثم رجعت اليه برجعه او
نكاح عادت بما بقي من عدد الطلاق لان اصابه الزوج ليست

شرطا في الاباحه للاول فلم يوثر في الطلاق كاصابه السيد ٥
وان طلق الحر امراته ثلثا او طلق العبد امراته طلقتين حرمت عليه حتى
تنكح زوجا غيره ويطاها في الفرج لما روي ان امراه رفاعه القرظي
جات الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت اني كنت عند
رفاعه فطلقني فتزوجت بعبد الرحمن ابن الزبير وانما معه مثل
هدبه الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال تريدين ان ترجعي
الى رفاعه لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك واراد به الجماع
وسماه عسيله تشبيها بالعسل ه رفاعه بكسر الرا وابن الزبير
بفتح الزاي وكسر البا المعجمه بواحده وهدبه الثوب بضم الها
طرفه والمراه تميمه بنت وهب ٥ قال وادناه ان تغيب
الحشفه في الفرج اذ به تتعلق احكام الوطي ويشترط الانتشار على
الصحيح فان كان مجبوبا وبقي من الذكر قدر الحشفه احلها لحصول
الوطي به وان وطيها رجل بشبهه او كانت امه فوطيها المولى لم تحل
لقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ٥ وان وطيها
زوج في نكاح فاسد ففيه قولان اصحهما انها لا تحل للايه اذ الطلاق
النكاح يقتضي الصحيح بدليل انه لو حلف ان لا يتزوج فتزوج نكاحا
فاسدا فانه لا يحنث والثاني تحل لانه وطي في نكاح فاشبه الوطي في
نكاح صحيح وان كانت امه فملكها الزوج قبل ان تنكح زوجا غيره
لم يحل له وطيها بملك اليمين وقيل يحل لان الطلاق يختص بالزوجيه
فاثر التحريم في الزوجيه فقط والاول اصح للايه وان طلقها ثلثا
وغاب عنها فادعت انها تزوجت بزوج احلها له ولم يقع في قلبه
صدقها كره له ان يتزوجها اخذا بالاحتياط ولا يحرم لان صدقها
محتمل ويتعذر اقامه البينه عليه والوطي من جمله شروطه فجاز

الاخذ فيه بقولها وكذا الحكم لو كذبها المحلل في الوطي قال الغزالي
هذا احد قولي الشافعي رضي الله عنه والقول الثاني انه لا تقبل
قولها فان قبلناه ثم رجعت عن ذلك فان كان قبل العقد لم يحل العقد عليها
وان كان بعد ما عقد عليها لم تقبل قولها ٥

باب الايلا

وهو في اللغه عباره عن الاليه بالتشديد وهي اليمين وفي الشرع
عباره عن الحلف على ترك وطي زوجته اكثر من اربعه اشهر ٥ قال
كل زوج صح طلاقه وهو قادر على الوطي صح ايلاوه لقوله تعالى
للذين يولون من نسايهم تربص اربعه اشهر فان فاوا فان الله
غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وان
حلف لا يطا فلانه وهي اجنبيه انعقدت اليمين ولا يكون موليا نعم
لو تزوجها وقد بقي من المده اكثر من اربعه اشهر هل يكون
موليا منه قولان كما لو آلى من امراته ثم ابانها ثم جدد نكاحها
وقيل لا يكون موليا قولا واحدا وان كان غير قادر بمرض صح ايلاوه لانه
حال يقدر على وطيها في الجمله وان كان [به] شلل او جب ففيه قولان
احدهما يصح ايلاوه كالمريض والثاني لا يصح وقيل لا يصح قولا
واحدا وهو الاصح وقيل هي على حالين ان كان قد بقي شي من الجب
صح والا فلا وقيل ان لم يكن مجبوبا حال الايلا صح والا فلا ودليل
عدم الصحه انه يمين على ترك ما لا يقدر عليه بحال فلم يصح كما لو حلف
ان لا يصعد الى السما والخلاف جار فيما لو كان العجز برتقها او قرنها
الا انا اذا قلنا انه يصح الايلا منها لم تضرب له المده والصغيره يصح
الايلا منها قولا واحدا ولا تضرب له المده حتى تبلغ قال الشيخ والايلا
هو ان يحلف بالله عز وجل يمينا يمنع الجماع في الفرج اكثر من اربعه اشهر

لانه الايلا المتفق على صحته فان حلف بغير الله تعالى بان قال
ان وطيتك فانت طالق ثلثا او ان وطيتك فعلي صوم او صلاه او عتاق
ففيه قولان اصحهما انه مولي لانه يمين يلزمه بالحنث فيها حق
فاشبه اليمين بالله عز وجل والمعنى فيه ان لزوم الحق بها يقطع
رجلها من الوطي لكونه مانعا للزوج عنه فتتضرر به والثاني وهو
القديم انه ليس بمولي للايه فان الغفران انما يدخل في اليمين بالله
وهو الحنث فيها وان حلف على ترك الجماع في الفرج الدبر او فيما
دون الفرج لم يكن موليا اذ لا ضرر في ذلك عليها وان قال والله
لا انيكك اي في فرجك كذا في المهذب وذكر غيره ولم يقيده بان
يقول في فرجك قال او لا اغيب ذكري في فرجك او والله لا
افتضك وهي بكر فهو مولي اي في الظاهر والباطن لانه لا يحتمل غير
ذلك لغة وشرعا وقيل ليس الافتضاض كالجماع لانه يحتمل ان يكون
بالبكر وغيره الا ان يصرح بذلك وقال بعض المتاخرين وهذا
هو الاصح وان قال والله لا جامعتك او لا وطيتك فهو مولي في
الحكم لانصرافه ذلك عرفا وان نوى غيره دين لاحتماله وان قال والله لا
باضعتك او لا باشرتك او لا لامستك او لا قربتك ففيه قولان
احدهما وهو القديم انه مولي في الحكم وان نوى غيره دين لان
القران ورد بهذه الالفاظ فاشبهت لفظ الوطي والثاني وهو الجديد
انه ليس بمولي الا ان ينوي الوطي وهو الاصح لانه مشترك بين الوطي
وغيره فلا يحمل عليه الا بالنيه وان قال والله لا اجمع راسي وراسك
او لتطولن غيبتي عنك فما اشبهه فان نوى الوطي فهو مولي وان
لم ينو فليس بمولي لانه محتمل وان حلف لا استوفي الايلاج فليس
بمولي لانه اذا غيب الحشفه ولم يستوف الايلاج فهو كما لو استوفى
في

الايلاج في الحكم ولو حلف لا يغيب الحشفه في الفرج كان موليا لان ما
دون تغييب الحشفه لا يتعلق به احكام الوطي وان حلف على ترك الجماع
اربعه اشهر لم يكن موليا لان المولي يتربص به اربعه اشهر فاذا كانت
المده اربعه اشهر فما دونها بطلت فايده التربص لخروجه عن
ان يكون موليا عند انقضايها وان قال والله لا وطيتك مده لم يكن
موليا الا بالاكثر من اربعه اشهر لتردد اللفظ بين القليل والكثير بخلاف
ما لو قال والله لا وطيتك فانه يكون موليا لان اطلاقه يفهم منه التابيد
وان قال والله لا وطيتك اربعه اشهر فاذا مضت فوالله لا وطيتك
اربعه اشهر فقد قيل هو مولي لتضررها بمنع نفسه ثمانيه اشهر
فاشبه ما لو جمعها بيمين واحده وقيل ليس بمولي وهو الاصح لان
احدى اليمينين لا تبنى على الاخرى بدليل ما لو كانت كل واحده من اليمينين
خمسه اشهر وها هنا كل واحد من الزمانين اقل من مده الايلا وان
قال والله لا وطيتك حتى ينزل عيسى بن مريم او يخرج الدجال
او حتى اموت او تموتي كان موليا لان الظاهر عدم تحقق هذه
الاشيا في اربعه اشهر وان قال والله لا وطيتك حتى امرض
او حتى يموت فلان لم يكن موليا لانه لا يتيقن بقاوه اكثر من اربعه
اشهر ويخالف ما لو قال حتى اموت لان الانسان يستبعد موت نفسه
ولهذا يطول امله هذا نقل الشيخ ابي حامد وقال غيره الاصح
انه يكون موليا كما لو قال حتى اموت او تموتي ولو قال لها في اول
الصيف والله لا اطاك حتى يجي المطر صار موليا على احد الوجهين
كما لو قال حتى يجي الثلج ولو قال لا اطاك حتى ابيع عبدي صار موليا
في احد الوجهين وان قال والله لا وطيتك في السنه الا مره لم يكن
موليا في الحال لانه يمكن ان لا يطاها ولا يلزمه شي بالوطي فان وطيها

ونفى من السنه اكثر من اربعه اشهر فهو مولي وهكذا لو قال
ان اصبتك فوالله لا اصبتك لم يكن موليا في الحال فاذا اصابها صار
موليا وفيه قول اخر انه يكون موليا في الحال اي في المسلتين لان
المولي هو الذي يمنع نفسه من الوطي خوف الضرر بالحنث وهذا
كذلك اذ لا يمكنه الوطي الا بان يصير موليا والاول اصح لما قدمناه
وان قال والله لا اصبتك في هذا البيت لم يكن موليا وان قال
ان وطيتك فعلي صوم هذا الشهر لم يكن موليا لانه يمكنه الوطي من
غير ان يلزمه بعد اربعه اشهر حق ويكون بذ نجاح وغضب
وان قال والله لا اصبتك ان شيت فقالت في الحال شيت صار موليا وان
اخرت لم يصر موليا لما تبين في الطلاق وان قال لاربع نسوه والله
لا اصبتكن لم يصر موليا لانه يمكنه وطي ثلث منهن من غير ضرر
يلحقه فان وطي ثلثا منهن صار موليا من الرابعه لانه لا يمكنه وطيها
الا بالحنث وقيل لنا قول اخر انه يكون موليا من كل واحده منهن
وليس بشي فعلى المذهب يكون ابتدا المده من الوقت الذي تعين فيه
الايلا وان طلق ثلثا منهن لم يتعين الرابعه للايلا بل يكون موقوفا
وان ماتت واحده منهن سقط الايلا في الباقيات قال وان
قال لا اصيب واحده منكن صار موليا من كل واحده منهن اعلم ان
ظاهر هذا الكلام يقتضي انه اذا اطلق هذا اللفظ يكون موليا من
كل واحده منهن وهذا لم نره في الكتب المشهوره بل المنقول
فيها انه اذا نوى كلهن ثبت الايلا من جماعتهن لان اللفظ يتناول
كل واحده على سبيل البدل وليس بعضهن اولى من بعض ويكون ابتدا
المده من حين اليمين وايتهن طالبت وقفها فان طالبت واحده فوطيها
حنث وسقط الايلا فيمن بقي بخلاف ما لو قال والله لا اصيب واحده

منكن ثم وطي احداهن على احد الطريقين وان طلقها فجاءت اخرى
وطالبت وقف لها ايضا وهكذا وان اطلق فوجهان احدهما ان الحكم
فيه كالحكم فيما لو نوى واحده لا بعينها وسياتي فان قال اردت
واحده بعينها قبل منه اي مع يمينه لتردد اللفظ بينهما قال
الشيخ ابو حامد لا يقبل لانه خلاف الظاهر وان قال اردت
واحده لا بعينها فله ان يعين من شا منهن ويوخذ بالتعيين اذا
طلبن فاذا عين فابتدا المده من حين اليمين او من حين التعيين فيه
وجهان وان قال والله لا اصبتك ثم قال للاخرى اشركتك معها لم يصر
موليا من الثانيه اي ان نوى اشراكهما معها في وقوع الطلاق عليها
عند وطيها لان الطلاق يقع بالكنايه مع النيه بخلاف اليمين بالله
تعالى

فصل

واذا صح الايلا ضربت له المده اربعه
اشهر للايه وابتدا المده من حين اليمين لانها اول وقت تقتضيه
فهو كالاجل في اليمين ولا يفتقر ضرب المده الى الحاكم لانها ثبتت
بالنص والاجماع فاشبهت مده العده وان كان هناك عذر من جهتها
كالمرض والحبس في موضع لا يمكنه الوصول اليها فيه والاحرام
والصوم الواجب والاعتكاف الواجب والنفاس لم يحسب المده اذ
الامتناع منسوب اليها فاذا زال ذلك استونفت المده لان الايه تفهم
منها ان يكون اربعه اشهر متواليه وحكى الخراسانيون وجها انها
تبنى على ما سبق وان كان حيضا حسبت المده اذ لو منع لامتنع ضرب
المده غالبا ولنا وجه ان النفاس كالحيض وان كان العذر من جهته
وحكى المزني وجها اخر انه اذا حبس لم يحسب المده عليه وقيل
يحسب عليه اذا كان الحبس بحق ولا يحسب عليه اذا كان بغير حق
وان طلقها طلقه رجعيه او ارتد لم يحسب المده لانها جاريه الى البينونه

بمنع م

فاذا انقضت المده وطالبت المراه بالفيه اي وقدر وطولب بالفيه وهو الجماع للايه وفي بعض النسخ ووقف وطولب بالفيه وهذا اللفظ المختصر وان كان بها عذر يمنع الوطي لم تطالب لان المطالبه تكون بالمستحق وهي لا تستحق الوطي في هذه الاحوال وان كان العذر فيه اي وهو غير مغلوب على عقله فا فيه معذور وهو ان يقول لو قدرت لفيت وقال ابو ثور لا يلزمه فيه المعذور لان القول مع العذر يقوم مقام الفعل قال الشيخ ابو حامد يقول قد ندمت على ما فعلت ولو قدرت على الفيه لفيت اي فعلت قال ابو الطيب يقول اذا قدرت وطيت قال ابن الصباغ وهذا احسن قال فاذا زال العذر طولب بالوطي او زال الموجب لتاخيره وان انقضت المده وهو مظاهر لم يكن له ان يطاها حتى يكفر لانه ياثم بذلك اي لاجل الظهار فلو اراد ان يطاها قبل التكفير فهل لها الامتناع فيه وجهان احدهما ان لها الامتناع فعلى هذا يتعين عليه الطلاق ولا يقال للمظاهر طا بل يقال له ان لم تطا احدث بالطلاق قال فان قال امهلوني حتى اطلب رقبه اعتقها ثم اطا انظر ثلثه ايام لانها مده قريبه وقد لا يمكن شرا الرقبه الا بذلك ولو قال انظروني حتى اكفر بالصوم لم يمكن من ذلك وان انقضت المده وادعى انه عاجز عن الوطي ولم يكن قد عرف من حاله انه غير قادر فهل يقبل قوله فيه وجهان فان قلنا لا يقبل اخذ بالطلاق قال وان لم يكن عذر يمنع الوطي فقال انظروني انظر يوما او نحوه في احد القولين لان الله تعالى جعل مدته اربعه اشهر فلا يجوز الزياده عليها وانما يمهله مده يتمكن فيها من الجماع في العاده فان كان جايعا امهلناه حتى ياكل

وان كان متنبعا انا امهلناه حتى يهضمه الطعام وان كان صايما امهل حتى يفطر وثلثه ايام في القول الاخر لانها مده قريبه فان جامع فادناه ان يغيب الحشفه فقبلا وفا بها حقها لان احكام الوطي تتعلق بذلك وان استدخلت ذكره وهو نايم او وطيها وهو مجنون لم يحنث وهل يتخلص من الايلا فيه وجهان واذا جامعها واليمين بالله عز وجل لزمته الكفاره في اصح القولين لتحقق الحنث ولا يلزمه شي في الاخر للايه ومن اصحابنا من قال القولان فيما اذا وطي بعد المده التربص اما لو وطي قبلها وجبت الكفاره قولا واحدا وان كانت اليمين على صوم او عتق فله ان يخرج منه بكفاره يمين وله ان يفي بما نذر كما في نذر الغضب واللجاج وان كان بالطلاق الثلث طلقت ثلثا لوجود الشرط وقيل ان كانت اليمين بالطلاق الثلث لم يجامع لانه بايلاج الحشفه تبين منه بالثلث فيكون مستمتعا بالاجنبيه والمذهب الاول لانه يلاقي الوطي هو ما الت انكاحها فاذا وطي وقع الطلاق ولزمه النزع والنزع ليس بوطي بل هو ترك الوطي قال وان جامع لزمه النزع لما ذكرنا وان استدام لزمه المهر دون الحد اما لزوم المهر فلان الاستدامه كالابتدا في كفاره الصوم قلنا ان في المهر وقيل لا يجب المهر لانه من ايجاب مهرين بوطي واحد واما سقوط الحد فلانه ايلاج واحد فاذا لم يجب الحد في اوله لم يجب في استدامته فان اخرج ثم عاد لزمه المهر لتحقق الشبهه في جانبها وقيل يلزمه الحد وقيل لا يلزمه لما سيتضح وهذا بشرط ان يكون عالما بالتحريم وهي جاهله بالتحريم لاعتقادها ان الطلاق لم يقع بالايلاج او عالمه الا انها لا تقدر على دفعه اما لو كانا جاهلين فانه يجب المهر دون الحد واما لو

كانا عالمين بالتحريم ففي الحد وجهان احدهما يلزمهما لتحقق الايلاج
المحرم الخالي عن الشبهة فعلى هذا لا يجب المهر والثاني لا يلزمهما
الحد لان الايلاجات في حكم وطي واحد فاذا لم يجب الحد في اوله
لم يجب في تمامه فعلى هذا يجب المهر وان كانت عالمة والزوج جاهلا
لم يجب عليه الحد وفي وجوبه عليها وجهان وعليهما ينبني وجوب المهر
قال وان لم يف طولب بالطلاق فلم يطلق لما روى سهيل بن
صالح عن ابيه قال سالت اثني عشر نفسا من اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن الرجل يولي فقال ليس عليه شي حتى تمضي اربعة اشهر
فيوقف فان فا والا طلق قال وادناه طلقة رجعية لانه
يصير بها مطلقا قال فان لم يطلق ففيه قولان احدهما يجبر
اي يجبر عليه بالحبس والتضييق ليطلق بنفسه ولا يطلق عليه الحاكم
لقوله عليه السلام الطلاق لمن اخذ بالساق والثاني يطلق عليه الحاكم
وهو الاصح لانه حق لمعين يدخله النيابة فاذا تعذر من جهة المستحق
عليه ناب الحاكم عنه كالديون فان طلق هو والزوج فان سبق طلاق
الزوج لم يقع طلاق الحاكم وان سبق طلاق الحاكم وقع طلاق الزوج
ايضا وقيل ان كان جاهلا بتطليق القاضي لم يقع وان كان معا
وقع طلاق الزوج وفي طلاق الحاكم وجهان واذا طلق القاضي عليه
وقعت طلقة رجعية وقال ابو ثور تقع طلقة باينة لنا انه طلاق
في مدخول بها من غير عوض ولا استيفا عدد فلو اجبره الحاكم على
ان يطلق ثلثا ففعل فان قلنا ينعزل الحاكم بالفسق لم يقع عليه شي
وان قلنا لا ينعزل وقعت عليه طلقة واحدة قال فان
راجعها وبقيت من المدة اكثر من اربعة اشهر ضربت له المدة ثم
يطالب بالفية او الطلاق لتحقق الايلا في حقه وان لم يراجع

حتى انقضت العدة وبانت فتزوجها فهل يعود الايلا على الاقوال
الثلثة التي ذكرناها في كتاب الطلاق

كتاب الظهار

الظهار ماخوذ من الظهر وكانه قال نكاحك علي حرام كنكاح
امي فاقام الظهر مقام المركوب لانه محله واقام الركوب مقام
النكاح لان الناكح راكب وقيل انه من العلو قال الله تعالى
فما اسطاعوا ان يظهروه اي يعلوه فكانه قال ملكي اياك وعلوي
عليك حرام علي وكان الظهار في الجاهلية طلاقا فنقل حكمه
الى التحريم والكفارة وبقي محله وهي الزوجة قال من
صح طلاقه صح ظهاره لعموم قوله تعالى الذين يظهرون منكم من
نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ومن لا يصح طلاقه
لا يصح ظهاره فاما غير الزوج فلانه واما الزوج الذي لا يصح منه
الطلاق فلما ذكرناه في الطلاق قال والظهار ان يشبه
امراته بظهر امه او بعضو من اعضايها فيقول انت علي كظهر امي
او كفرجها او كيدها وخرج فيه قول اخر اي من المسالة بعدها
انه لا يكون مظاهرا في غير الظهر والصحيح هو الاول لان غير
الام ليست كالام في التحريم لان الفرع دون الاصل وغير الظهر
كالظهر في التحريم وكذا الخلاف فيما لو شبه عضوا من امراته و
كالام في ذلك لانها كالام في التحريم وان شبهها بغير امه من
ذوات المحارم كالاخت والعمة ففيه قولان اصحهما انه مظاهر
لانها لم تحل له بحال فاشبهت الام والثاني لا يكون مظاهرا لان القران
خص الام وغيرها فرع لها فليس في معناه وان شبهها بامراة حرمت
عليه بمصاهرة او رضاع فان كانت ممن حلت له في وقت ثم حرمت عليه

اي تحليله الاب بعد ولادته لم يكن مظاهرا لانها دون وليك في التحريم
وقيل يطرد القولين وان لم تحل له اصلا فعلى قولين لانها من امثال
المحارم فاذا اجتمعت المسايل تحصلنا على اربعة اقوال قال فان
قال انت علي كامي او مثل امي لا يكون مظاهرا الا بالنيه لان هذا
اللفظ يستعمل في الاكثر للكرامه فلا ينصرف الى الظهار الا بالنيه
وان قال انت طالق كظهر امي وقال اردت الطلاق والظهار اي
اردت انت طالق وانت كظهر امي فان كان الطلاق رجعيا صارت
مطلقه ومظاهرا منها لان الرجعيه يصح ظهارها وان كانت باينا
لم يصر مظاهرا منها لان الباين لا يصح ظهارها وان قال اردت بقولي انت
طالق الظهار لم يقبل منه كما لو نوى بالظهار الطلاق وان لم ينو
شيا وقع الطلاق والغي قوله كظهر امي وان قال انت علي حرام كظهر
امي ولم ينو شيا فهو ظهار لانه اتى بصريح الظهار وصرح بما تضمنه
هو التحريم وان نوى الطلاق اي بقوله انت علي حرام فهو طلاق
على اصح الروايتين واعلم ان الربيع روى انه طلاق وكذا في اكثر
نسخ مختصر المزني وفي بعض نسخ مختصر المزني انه ظهار فمنهم من
صوب ذلك وعلل بان ذكر الظهار قرينه ظاهره والنيه قرينه خفيه
فقدمت القرينه الظاهره فعلى هذا تكون المسله على قولين والصحيح
ان ذلك غلط في تلك النسخ فيكون طلاقا قولا واحدا لان نيه الطلاق
قارنت لفظ التحريم الذي هو كنايه في الطلاق وهو سابق لصريح لفظ
الظهار فكان الحكم له كما لو قال انت طالق كظهر امي قال بعض
الخراسانيين ان نوى الطلاق بقوله انت حرام كان طلاقا وان نواه بالمجموع
كان ظهارا قال وان نوى به الطلاق والظهار اي نوى الطلاق
بقوله انت علي حرام والظهار بقوله انت كظهر امي كان طلاقا وظهارا

اي ان كان الطلاق رجعيا لا باينا وقيل لا يكون ظهارا لان اول
الكلام انصرف الى الطلاق وبقي قوله كظهر امي وهو غير مستقل
بالافاده وان كان باينا لم يصح الظهار وهذا على قول اكثر اصحابنا وعلى
قول من قال لا يكون طلاقا وان نواه بل ظهارا لا يقع الطلاق ويكون
مظاهرا اما لو قال نويت الطلاق والظهار مقرونا بقولي انت علي
حرام فالجمع متعذر وبماذا نحكم عليه فيه ثلثه اوجه احدها انه
طلاق لانه اقوى والثاني انه ظهار لانه اتى بصريحه والثالث
نخيره بينهما لنشا ويعمل به قال وان نوى به تحريم عينها اي
بغير طلاق ولا ظهار بل تحريما مطلقا مثل لان اللفظ يصلح له وعليه
كفاره يمين لما سيتضح وقيل لا يقبل ويكون مظاهرا قال الشيخ ابو
حامد وهو المذهب لان اللفظ صريح في ايجاب الكفاره العظمى فلا يقبل
قوله في اسقاطها الى الصغرى قال ويصح الظهار معجلا للايه
ومعلقا على شرط فاذا وجد الشرط صار مظاهرا لان اصله كان
طلاقا فاجري مجراه وان قال اذا تظاهرت من فلانه فانت
علي كظهر امي وفلانه اجنبيه فتزوجها وظاهر منها صار مظاهرا
من الزوجه لتحقق الشرط ووصف الاجنبيه ليس من الشرط لانه لم
يجر له ذكر وان قال اذا تظاهرت من فلانه الاجنبيه فانت علي
كظهر امي ثم تزوجها وظاهر منها فقد قيل يصير مظاهرا من الزوجه
وقيل لا يصير وهو الاصح ومأخذ الوجهين انه تعريف او شرط
قال في التتمه الاصح انه تعريف ويصح الظهار مطلقا للايه
وموقتا في اصح القولين وهو ان يقول انت علي كظهر امي شهرا او
يوما لان سلمه بن صخر ظاهر موقتا وجامع فذكر ذلك لرسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال حرر رقبه والثاني لا يصح موقتا الحاقا له بما لو شبهها

بمن تحرم الى وقت فعلى هذا لو وطيها في المده هل تجب عليه كفاره
يمين فيه وجهان اصحهما انها لا تجب

فصل

ومتى صح الظهار ووجد العود وجبت الكفاره للايه والعود ان
يمسكها بعد الظهار زمانا يمكنه ان يطلق فيه فلا يطلق واذا
وجد ذلك وجبت الكفاره واستقرت لان تشبيهها بالام يقتضي
ان لا يمسكها زوجه فاذا امسكها زوجه فقد عاد فيما قال
فان مات قبل امكان الطلاق او عقب الظهار بالطلاق لم تجب الكفاره
اذ لم يوجد العود وان ظاهر من رجعيه لم يصر بترك الطلاق عايدا لانها
جاريه الى البينونه فلا يتحقق امساكها فان راجعها او بانت ثم تزوجها
وقلنا يعود الظهار اي بنا على قولنا يعود صفه الطلاق فهل يكون
الرجعه والنكاح عودا ام لا فيه قولان احدهما لا لان العود استدامه
الامساك والرجعه والنكاح ابتدا استباحه فعلى هذا لو وطيها عقيب
الرجعه لم تجب عليه الكفاره وانما تجب اذا امسكها عقيب الرجعه زمانا
يمكنه ان يطلق فيه فلا يطلق والثاني بلى لان العود اذا حصل باستدامه
الامساك فابتدا الاستباحه اولى وان ظاهر الكافر من امراته فاسلم
عقيب الظهار اي وكانت زوجته قد اسلمت عقيب الظهار بعد
الدخول ولم تنقض عدتها فقد قيل اسلامه عود وقيل ليس بعود بنا على
القولين في الرجعه وان كان قذفها ثم ظاهر منها ثم لاعنها
فقد قيل انه صار عايدا بمضي زمان يمكنه فيه الطلاق ولم يطلق
وقيل لا يصير عايدا وهو ظاهر النص كما لو اطال في اللفظ او قال
فلانه بنت فلان طالق وان بقيت من اللعان الكلمه الخامسه فظاهر
مذهبه انه اتى بالكلمه اي بالكلمه الخامسه لم يصر عايدا لانه يقع بها الفرقه
فاشبه الطلاق وان كانت الزوجه امه فابتاعها الزوج عقيب

الظهار فقد قيل ان ذلك عود فلا يطاها بالملك حتى يكفر
لانه امسكها على الاستباحه وقيل ليس بعود وهو الاصح لان
العود هو الامساك على الزوجيه ولم يتحقق وان ظاهر منها ظهارا
موقتا فامسكها زمانا يمكن فيه الطلاق صار عايدا كما في المطلق
وقيل لا يصير عايدا الا بما لو وطي اي في المده وهو المنصوص
لان الامساك يحتمل ان يكون ليطاها بعد مده الظهار فلا يتحقق به
العود بخلاف المطلق وان تظاهر من اربع نسوه بكلمه واحده
اي بان قال انتن علي كظهر امي وامسكهن لزمه لكل واحده كفاره
في اصح القولين كما لو افرد كل واحده بكلمه ويلزمه كفاره واحده
في القول الاخر وهو القديم لان الظهار كلمه تجب بمخالفتها
كفاره فاذا وجدت في الجماعه بكلمه واحده وجبت كفاره
واحده كاليمين فان كرر لفظ الظهار في امراه واحده واراد
الاستيناف ففيه قولان اصحهما انه يلزمه لكل مره كفاره لانه قول
يوثر في تحريم الزوجه كرره على وجه الاستيناف فيتعلق بكل
مره حكم كالطلاق والثاني وهو القديم انه يلزمه للجميع
كفاره واحده لان الثاني لم يوثر في التحريم وان اطلق ولم ينو
الاستيناف ولا التاكيد فعلى ايهما يحمل فيه وجهان هذا كله
اذا والى بين الفاظ الظهار فاما لو فرق بينهما نظر فان كفر
عن الاول لزمه ان يكفر عن الثاني وان لم يكفر عن الاول فهل يكفيه
كفاره واحده فيه قولان واذا وجبت الكفاره حرم وطيها الى ان
يكفر للايه وهل يحرم المباشره بشهوه فيما دون الفرج
فيه قولان اصحهما انه لا يحرم كما في الحيض والثاني يحرم لانه قول
يوثر في تحريم الوطي فحرم ما دونه من المباشره كالطلاق

فصل والكفارة ان يعتق رقبة لقوله تعالى
فتحرير رقبة ه قال ـــــ مومنة لان النص ورد باعتبار الايمان
في كفارة القتل وقسنا عليه ساير الكفارات قال ـــــ سليمة من
العيوب التي تضر بالعمل ضررا بينا لان المقصود تمليك العبد منفعته
وتمكينه من التصرف وذلك لا يحصل مع العيب الذي يضر بالعمل
ضررا بينا قال ـــــ كالعمى والزمانة وقطع اليد والرجل
وقطع الابهام او السبابة او الوسطى لان هذه الاشيا تضر بالعمل
وان كانت مقطوعة الخنصر والبنصر اي من يد واحدة لم يجزه لانه
ذهب منفعة نصف الكف وان قطع احدهما اجزاه لانه لا
يضر العمل ضررا ظاهرا وان كان مقطوع الانملة من الابهام
لم يجزه لان منفعتها تتعطل بذلك وان كان من غيرها اجزاه ولو
كان من كل الاصابع سواها لان منفعتها لا تذهب بذلك ويجزي
الاعرج اذا عرج يسيرا اي بحيث لا يمنع متابعة المشي والاصم
اذا فهمت منه الاشارة لانه لا يضر بالعمل ضررا ظاهرا
وفي الاخرس قولان وان جمع بين الصمم والخرس لم يجزه لانه يضر
بالعمل ولا يجزي المجنون المطبق ويجزي من يجن ويفيق هكذا قال
الشيخ ابو حامد وقال ـــــ في الحاوي ان كانت اوقات الافاقة
اكثر اجزا وقيل لا يجزي حكاه الشاشي وان كانت اوقات الجنون
اكثر لم يجز وان كانا متساويين ففيه احتمال ذكره الاصحاب
قال ـــــ ولا يجزي المريض المايوس منه اي كمن به سل ولا النحيف
الذي لا عمل فيه لما تقدم ه ولا يجزي ام الولد ولا المكاتب لانهما
يستحقان العتق بغير الكفارة وقال ـــــ الخراسانيون اذا قلنا يجوز بيع
ام الولد جاز عتقها ولا يجزي الحمل ه قال ـــــ ويجزي المدبر والمعتق

بصفة لانهما لا يستحقان العتق بغير الكفارة ولا يجزي المغصوب لانه
ممنوع من التصرف فيه فاشبه الزمن وقال ـــــ القفال يجزيه
وقال في الحاوي ان كان العبد يقدر على الخلاص من الغاصب
اجزاه قال ـــــ وفي الابق والغايب الذي انقطع خبره قولان
لتعارض الاصلين وقيل لا يجزيه قولا واحدا والقول الاخر غلط
تخريجه الى هنا من وجوب فطرته على سيده واما الغايب الذي
تعرف تواصل كتبه ومراسلاته يجزيه عن الكفارة الا اذا كان مبيعا
عند الاعتاق قال ـــــ وان اشترى من يعتق عليه بالقرابة
ونوى الكفارة لم يجزه لان عتقه مستحق بغير جهة الكفارة وان
اشترى عبدا بشرط العتق فاعتقه عن الكفارة لم يجزه اما اذا قلنا
يجب عليه عتقه فلانه يستحق العتق بغير جهة الكفارة واما
اذا قلنا لا يجب عليه عتقه فلانه لم يقع عتقه خالصا للكفارة بل
لها وللشرط بدليل انه يسقط حق البايع من فسخ البيع وحكى
الخراسانيون انا اذا قلنا ان العتق حق الادمي واعتقه عن الكفارة
قبل ان يطالب باعتاقه اجزاه على احد الوجهين قال ـــــ وان
اعتق عبدا عن الكفارة بعوض لم يجزه لانه لم يخلص النية لها وقيل
قال اعتقت عبدي على ان لي عليك عشرة عن ظهاري استحق ولم يجز
عن الظهار وان قال اعتقت عبدي عن ظهاري على ان لي عليك عشرة
وقع عن الظهار ولم يستحق العوض والمنصوص هو الاول لان الكلام
اذا اتصل بعضه ببعض كان اوله لحكم اخره فاذا قلنا بهذا فانه يستحق
على السايل العشرة التي بذلها وقيل ان التسمية فاسدة لبطلان الشرط
وان اعتق شقصا له في عبد وهو موسر ونوى الكفارة اجزاه لان
السراية كالمباشرة بدليل القصاص وفيه وجه انه يشترط له التحرير وقيل

ان قلنا انه يعتق ما ادا القيمه او قلنا انه مراعا لم يجزه النصيب عن الكفاره
قال الشيخ ابو حامد وهو الصحيح وحكي في وقت التكفير
في نصيب شريكه ثلثه اوجه احدها مع دفع القيمه والثاني مع اللفظ
بالعتق والثالث انه مخير بينهما ٥ وان اعتق نصف عبدين فقد قيل
يجزيه لان ابعاض الجمله كالجمله في الزكاه فكذا هاهنا والثاني
لا يجزيه لانه لم يات بالمامور به وقيل ان كان الباقي حرا اجزاه
لانه يحصل التمكين من كمال التصرف وان كان عبدا لم يجزه لعدم ذلك
وان كان عادما للرقبه وثمنها او واجدا وهو محتاج اليها للخدمه
لكونه مريضا او كبيرا او ممن لا يخدم نفسه في العاده او الى ثمنها
للنفقه اي في القوت او الكسوه او المسكن او بضاعه لا بدله منها
كفر بالصوم لانه استغرقه حاجته فاشبه من وجد ما وهو محتاج
اليه للشرب فانه يباح له التيمم فاما لو امكنه بيع العبد وشرا
عبدين بثمنه يعد احدهما لخدمته ويعتق الاخر عن كفارته لزمه ذلك
ان كان ممن يخدم نفسه ففيه وجهان احدهما لا يلزمه
ان يعتقه لان كلا من احدهما وهو محتاج الى الترفه والخدمه ٥
وان كان واجدا لما يصرفه في العتق في بلده عادما
له في موضعه فقد قيل يكفر بالصوم قال الشيخ ابو حامد وهو
الاصح لئلا تفوت حل الوطي في الحال عليه وقيل لا يكفر ككفاره القتل
وان اختلف حاله ما بين ان يجب الى حال الادا فكان موسرا في احد
الحالين معسرا في الاخر اعتبر حاله عند الوجوب في اصح الاقوال
لانه طهره فاشبهت الزكاه والحد فعلى هذا لو كان من اهل العتق
حين الوجوب فاعسر قبل العتق لم يسقط العتق عنه بل يبقى الى ان
يوسر به قال ويعتبر حاله عند الادا في الثاني وهو المنصوص

ما لان له بدلا من غير جنسه فاشبه الوضو ويعتبر اغلظ الحالين
في الثالث لانه حق يتعلق بالذمه بوجود المال فاعتبر فيه اغلظ
الاحوال كالحج

فصل

وكفاره الصوم ان يصوم
شهرين متتابعين للايه قال ... بالاهله اي ان دخل فيه
في اول الشهر وان دخل فيه في اثنا الشهر لزمه شهر تام بالعدد
وشهر بالهلال تم او نقص لما بيناه في الطلاق ٥ وان خرج منه بما
يمكن التحرز منه كالعيد ورمضان بطل التتابع لتفريطه وان افطر
بما لا يمكن التحرز منه كالمرض ففيه قولان الجديد انه يبطل لانه
افطر باختياره والقديم انه لا يبطل لان السبب بغير اختياره فاشبه
الحيض وان افطر بالسفر فقد قيل يبطل لان السبب حصل باختياره
وقيل على قولين لان السفر يبيح الفطر فاشبه المرض وان لم يستطع
الصوم لكبر او مرض لا يرجى زواله كفر بالطعام اعلم انه شرط
الشيخ هنا وفي المهذب ان يكون المرض بحيث لا يرجى زواله قال
في الذخاير وقال الخراسانيون اذا كان المرض بحيث يتوقع دوامه
شهرين فله الانتقال الى الاطعام وان كان يرجى زواله بعد ذلك
ولا يشترط ظن استمراره والشيخ ابو نصر اطلق المرض وينبغي ان
يأول على ما ذكره الخراسانيون قال فيطعم ستين مسكينا للايه
كل مسكين مدا من قوت البلد وهو رطل وثلث اي بالبغدادي اد
هو الواجب في جماع رمضان فان النبي عليه السلام اعطى الاعرابي
الذي ساله عن ذلك وامر باطعام ستين مسكينا خمسه عشر صاعا
من تمر وقال تصدق به فثبت هذا فيما سا عليه ويعتبر ان يكون من
قوت البلد وقيل من غالب قوته وليس بشي لقوله تعالى فاطعام
عشره مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم والاوسط الاعدل

واعدل ما يطعم اهله قوت البلد قال فان اخرج من دون
قوت البلد من حب تجب فيه الزكاة ففيه قولان وان كان قوت
البلد مما لا زكاة فيه فان كان اقطا اي في موضع قوتهم الاقط
ففي قولين وقد بينا ذلك في زكاة الفطر وان كان لحما او لبنا فقد
قيل لا يجزيه لانه لا يدخله الصاع وقيل على قولين كالاقط وان كان
في موضع لا قوت فيه اخرج من قوت اقرب البلاد اليه ولا يجزي فيه
الدقيق ولا السويق ولا الخبز وقيل يجزيه وقد بيناه في زكاة الفطر
قال ولا القيمة لانه احد ما يكفر به فاشبه العتق وان غداهم
وعشاهم بذلك لم يجزه كالزكاة والدفع المجزي ان يدفع الى كل
مسكين مدا او يقول خذه او كله او نحوه فلو دفع ستين الى ستين
مسكينا وقال ملكتكم هذا بينكم بالسوية لم يجزه ذلك على احد
الوجهين لانه يلزمهم مؤنة القسمة ولا يجوز دفعه الى مكاتب لان القصد
به دفع الحاجة والمكاتب مستغن عن النفقة بحصولها من كسبه او
كسب سيده بطريق تعجيز نفسه قال ولا الى كافر ولا
الى من يلزمه نفقته كالزكاة ولا يجوز ان يدفع الى اقل من ستين
مسكينا للاية ولا يجزي شي من الكفارات الا بالنية للحديث ويكفيه
في النية ان ينوي العتق او الصوم او الاطعام عن الكفارة وقيل
يلزمه في الصوم ان ينوي التتابع في كل ليلة لانه واجب كالصوم
فوجبت نيته كل ليلة وقيل في اول الصوم لانه يتميز به والصحيح انه
لا يلزمه ذلك ويكفي التتابع من حيث الفعل لان التتابع شرط
في العبادات فلم تجب نيته في العبادة كستر العورة في الصلاة
ولا يجب تعيين النية في الكفارة اتفق سببها او اختلف قال
وان كان المظاهر عبدا كفر بالصوم وحده لعجزه عن غيره وان كان

كافرا كفر بالمال دون الصوم لعجزه عنه وان كان ممن يكفر
بالعتق فوجهان وكذا لو كفر بالطعام

باب اللعان

سمي لعانا لما فيه من ذكر اللعن في الخامسة واللعن هو الطرد
والابعاد قال يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل لقوله
تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية
فان كان اخرس فان كانت له اشارة مفهومة او كتابة صح لعانه
وان لم يكن لم يصح لعانه وان اعتقل لسانه ولم يكن مايوسا منه فهل
يصح لعانه ام لا فيه وجهان وان كان اعجميا لا يعرف بالعربية
لاعن بلسانه وان كان يعرف العربية فهل له ان يلاعن بلسانه
فيه وجهان واذا لاعن بلسانه والحاكم لا يعرف لسانه احضر
من يترجم وهل يشترط في الترجمة العدد فيه وجهان قال
فاذا قذف زوجته من يصح لعانه وجب عليه الحد او التعزير
اي تعزير القذف وطولب به فله ان يسقطه باللعان للاية وان
قدر على بينة ولاعن جاز ايضا لان كل واحد منهما بينة قال
وان عفي عن ذلك ولم يكن هناك ولد لم يلاعن وقيل له ان يلاعن لقطع
الفراش وليس بشي لان مقصود اللعان درء العقوبة ونفي
النسب اما قطع الفراش فيمكن تحصيله بالطلاق فلا يلاعن
لاجله وان لم يطالب ولم يعف فقد قيل له ان يلاعن لاسقاطه
وقيل ليس له ان يلاعن فلو لاعن لم يثبت حكم اللعان ولم يسقط الحد
عنه وان قذفها بالزنا ومثلها لا يوطا اي كابنة سبع عزر
لكذبه ولم يلاعن لانه ليس بتعزير قذف وانما هو تعزير
على الكذب لحق الله تعالى وان قذفها وهي زانية اي ثبت زناها

باقرارها او ببينه عزر لانه اذاها ولم يلاعن على ظاهر المذهب
لان اللعان يراد ليحقق زناها وقد تحقق وقيل فيه قولان احدهما
لا يلاعن لما بيناه والثاني يلاعن لانه اذا جاز ان يلاعن فيمن لم يثبت
زناها فلان يلاعن فيمن ثبت زناها كان ذلك اولى وقيل ان رماها
بزنا اضافه الى ما قبل الزوجيه لم يلاعن وان اضافه الى ما بعد
الزوجيه لاعن وان قذف امراته ولم يلاعن فحد ثم قذفها ثانيا
اي بذلك الزنا عزر لانه اذاها ولم يلاعن لانه تعزير للاذى
لانا قد حددناه للقذف اما لو قذفها بغير ذلك الزنا فهل يجب عليه الحد
فيه وجهان وان قذفها وانتفى عن ولدها لاعن اما اذا عين
الزاني فلقصه هلال بن اميه فانه لاعن وعين واما اذا لم يعينه فلقصه
عويمر العجلاني وان قذفها وانتفى عن حملها فله ان يلاعن لحديث
هلال بن اميه فانه لاعن على الحمل قبل وضعه وله ان يؤخر
الى ان يضع ليلاعن على اليقين وان انتفى عن ولدها وقال وطئها
فلان بشبهه عرض الولد على القافه ولم يلاعن لنفيه لانه يمكن نفيه
بغير اللعان وهو القافه فان الحقته القافه به فله ان ينفيه
باللعان وقال ابو اسحق المروزي يلاعن لنفيه فان لم يكن قافه
ترك حتى يبلغ وينتسب فان ينتسب الى الزوج فله نفيه باللعان
فان قال هو من فلان وقد زنا بك وانت مكرهه ففيه قولان اصحهما
انه يلاعن لنفيه لتعذر نفي الولد بغير اللعان فيذكر في اللعان
زنا الرجل وان الولد ليس مني ولا يذكرها بالزنا والثاني لا يلاعن
لان احدهما ليس بزان فاشبه الوطي بالشبهه ولا حد عليها ولكن هل
يعزر للاذى فيه وجهان وكذا لو نسبها الى وطي الشبهه وان قذف
زوجته بزنا اضافه الى ما قبل النكاح ولم يكن ولد لم يلاعن لانه قذف

غير محتاج اليه فلم يلاعن لاجله كما في قذف الاجنبيه وان كان هناك
ولد فقد قيل لا يلاعن لانه قذف غير محتاج اليه لانه كان يمكنه
ان لا يضيفه الى قبل النكاح بل يطلق ويدعي ان الحمل ليس منه بل
من زنا وقيل يلاعن وهو الصحيح لنفي الولد عنه وان ابانها وقذفها
بزنا اضافه الى حال النكاح فان لم يكن هناك ولد ولا حمل فلم يلاعن لانه
قذف غير محتاج اليه وان كان هناك ولد منفصل لاعن لنفيه
لانه محتاج اليه وان كان هناك حمل لم ينفصل فقد قيل لا يلاعن
حتى ينفصل لانه لم يتحقق وجوده ولا يلاعن لنفيه بطريق الاصاله
واحترزنا بقيد الاصاله عن حاله الزوجيه حيث قلنا يلاعن
لنفي الحمل لان المقصود الاصلي ثم درء الحد ونفي الحمل ثم تبع
معا وقيل فيه قولان احدهما لا يلاعن حتى ينفصل لما بيناه
والثاني يلاعن وهو الصحيح لان الحمل موجود في الظاهر محكوم بوجوده
بدليل القصاص والديات والزكاه والعده وان قذف اربع نسوه
لاعن اربع مرات لان اللعان يمين واليمين لجماعه لا يتداخل
في الاحوال ففي اللعان اولى وقيل اذا قذفهن بكلمه واحده
فقولنا يلزمه حد واحد كفاه لعان واحد قال وان كان بكلمه
واحده وتشاححن في البدايه اقرع بينهن اذ لا مرجح فان بدا الحاكم
بلعان واحده بغير قرعه جاز لان الباقيات يصلن الى حقهن من
غير نقصان وان كان بكلمات بدا بلعان من بدا بقذفها وان وطي امراه
في نكاح فاسد فاتت بولد وانتفى عنه لاعن لنفيه كما في النكاح
الصحيح وان قذفها ولم يكن هناك ولد لم يلاعن لدرء الحد لانها اجنبيه

فصل

واللعان ان يامره الحاكم ليقول اربع مرات
اشهد بالله انني لمن الصادقين فيما رميتها به ويسميها ان كانت

غايبه اي بان كانت ميته او خارجه عن المسجد لحيض او لكفر فيقول
زوجتي فلانه ويرفع في نسبها حتى تتميز قال ... وتشير اليها
ان كانت حاضره اي بان يقول زوجتي هذه ولا يحتاج مع الاشاره
الى الاسم كما في العقود وقيل يجمع بين الاسم والاشاره اي بان يقول
زوجتي هذه فلانه بنت فلان اذ التاكيد مطلوب فيه ويقول
في الخامسه وعلي لعنه الله ان كنت من الكاذبين وان كان هناك
نسب ذكره في كل مره وان هذا الولد او الحمل من زنا وليس مني
لان كل مره بمنزله شاهد وانما لم يقتصر على قوله من زنا على
اصح الوجهين لانه ربما يعتقد ان الوطي في النكاح الفاسد زنا وانما
لم نقتصر على ليس مني لانه قد يريد خلقا وخلقا فاكتفي بالجمع
بينهما واما المراه فلا تذكر النسب في اللعان اذ لا يتعلق بلعانها
وان قذفها بزانيين ذكرهما في اللعان لانه قد يكون صادقا
في احدهما دون الاخر فيقول اشهد بالله انني لمن الصادقين
فيما رميتها به من الزانيين فاذا لاعن سقط عنه الحد للايه فانها
تدل على اقامه اللعان في حق الزوج مقام الشهاده وانتفى عنه
النسب لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان رجلا لاعن امراته
في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق
رسول الله عليه السلام بينهما والحق الولد بالمراه قال ...
ووجب عليها حد الزنا لان لعانه بمنزله الشهاده وبانت منه لحديث
ابن عمر وحرمت على التابيد لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وان
كان قد سمى الزاني اي في القذف وذكره في اللعان سقط ما وجب
من حده ولا يحتاج الى افراده باللعان لان هلال بن اميه قذف زوجته

بشريك بن السحما اليهودي ولم يفرده باللعان وان لم يسمه ففيه
قولان احدهما يسقط عنه حده لانه احد الزانيين فيسقط حده
باللعان كالمراه ولانه لو وجب ذكره لتوقف على طلبه كالمراه
والثاني لا يسقط وهو الاصح لانه حد يسقط باللعان فكان من شرط
سقوطه ذكره كما في جانب المراه وقيل ان كان اللعان في نكاح فاسد
لم يحرم على التابيد لان التحريم تابع للفرقه ولم تقع الفرقه بهذا
اللعان فلا يثبت به التحريم ويجري هذا الوجه فيما لو لاعنها
بعد البينونه في زنا اضافه الى حال الزوجيه وليس بشي لان كل
سبب لو اوجب تحريما موبدا اذا صادف الزوجيه اوجبه وان لم
يصادف الزوجيه كالرضاع وللمراه ان تلاعن لدرء الحد عنها للايه
فيامرها الحاكم ان تقول اربع مرات اشهد بالله ان زوجي فلان
ابن فلان وتشير اليه ان كان حاضرا لمن الكاذبين فيما رماني به
من الزنا وتقول في الخامسه وعليها غضب الله ان كان من الصادقين
وانما اشترطنا امر الحاكم كاليمين في سائر الدعاوي اللهم الا
ان يزوج رجل عبده من امته فان له ان يلاعن بينهما لانه يملك اقامه
الحد عليهما فاشبه الحاكم واعلم ان الشيخ رحمه الله قد فسر
اللعان بالامر فقال اللعان ان يامره الحاكم ان يقول والامر ليس كذلك
لان امر الحاكم شرط في اللعان وليس بحقيقه اللعان لا ان المزني
نقل هذا فلعل الشيخ اقتدى به قال ... فاذا لاعنت سقط
عنها الحد للايه وان ابدل لفظ الشهاده بالحلف او القسم فقد قيل
يجوز لانه يمين وقيل لا يجوز لانه عدل عن النص وان ابدلت
المراه لفظ الغضب باللعنه لم يجز قال الشيخ ابو حامد بالاتفاق بين
الاصحاب وحكى المسعودي وجها انه يجوز وليس بشي لان المنصوص

عليه الغضب وهو اعظم من اللعن لان اللعن الابعاد والغضب
يتضمنه وزياده وان ابدل الزوج اللعنه بالغضب فقد قيل يجوز لانه
اغلظ وقيل لا يجوز لانه عدل عن النص وان قدم لفظ الغضب واللعنه
على الشهاده لم يجز للعدول عن المنصوص وقيل يجوز لان المقصود
التغليظ وقد حصل والاول اصح لان اللعن والغضب لكونه من الكاذبين
فيما شهد وذلك تاخر عن الشهاده وان لاعنت المراه قبل الرجل
لم تعتد به لان لعانها لدر الحد عنها بدليل قوله تعالى ويدرؤ عنها
العذاب ان تشهد وذلك يجب بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله ٥

فصل والمستحب ان يتلاعنا من قيام لما روى ابن
عباس في حديث هلال بن اميه فقام هلال فشهد ثم قامت فشهدت
قال فاذا بلغ الرجل الى اللعنه او المراه الى الغضب استحب ان
يقول الحاكم انها موجبه للعذاب وعذاب الدنيا اهون من عذاب الاخره
ويامر رجلا ان يضع اليد على فيه ويامر امراه ان تضع اليد على فيها
فان ابيا تركهما روى ذلك ابن عباس في قصه هلال بن اميه ويلاعن
بينهما بحضره جماعه اقلهم اربعه لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفه
من المومنين ولما اختصت البينه بالاربعه اختص بهم الحضور ويلاعن
بينهما بعد العصر لقوله تعالى تحبسونهما من بعد الصلاه فيقسمان
بالله واجمع المفسرون على ان المراد بالصلاه صلاه العصر
فان كان بمكه لاعن بينهما بين الركن والمقام لانها اشرف البقاع
وان كان بالمدينه فعند قبر النبي عليه السلام او على المنبر ومستند
الخلاف ان جابر بن عبد الله رضي الله عنه روى عنه عليه السلام
انه قال من حلف على منبري هذا بيمين كاذبه فليتبوا مقعده من نار
جهنم وروى ابو هريره عند منبري هذا وقيل ان كان في الخلق

كثره بحيث لو لاعن تحت المنبر لم يبلغهم لاعن على المنبر والا فيلاعن
عند المنبر قال وان كان ببيت المقدس فعند الصخره لانه
اشرف البقاع به وان كان في غيرها من البلاد ففي الجامع عند
المنبر او على المنبر وقال ابن الصباغ اذا كان في غير هذه
المواضع من ساير البلاد فيكون في جامعها ولم يختص بالمنبر لانه
لا مزيه لبعضه على بعض وكذا لغير المدينه لان النبي عليه السلام قال
ما بين قبري ومنبري روضه من رياض الجنه قال وان كان
احدهما جنبا لاعن على باب المسجد لانه اقرب الى الموضع الشريف
وان كانا ذميين لاعن بينهما في المواضع التي يعظمونها فان كان يهوديا
لاعن في الكنيسه وان كان نصرانيا ففي البيعه وان كان مجوسيا
ففي بيت النار فان قيل فاذا احضر الحاكم في هذه المواضع فقد
شاركهما في المعصيه بتعظيمها قلنا ليس لدخول معصيه والحاكم
يدخل ولا يعظم وان كانا لا دين لهما لاعن بينهما في مجلس الحاكم
لانه قد تعذر التغليظ بالمكان قال وان ترك التغليظ بالزمان
والجماعه جاز وقيل قولان وان ترك التغليظ بالمكان ففيه قولان
احدهما انه مستحب كالزمان والجماعه والثاني انه واجب لان النبي
عليه السلام لاعن بينهما عند المنبر فكان فعله بيانا وان تلاعنا
ثم قذفها اجنبي حد لان اللعان حجه يختص بها الزوج وان قذفها
الزوج اي بعد اللعان عزر للاذا ولم يلاعن على ظاهر المذهب
لان اللعان حجه في حقه كالبينه ثم البينه سقط احصانها فكذلك
اللعان وقيل انه ان قذفها بغير ذلك الزنا حد لان اللعان لا يسقط
الا ما يجب بالقذف في الزوجيه لحاجته الى القذف وقد زالت
الزوجيه فزالت الحاجه الى القذف والخلاف في انه هل يجب الحد او

التعزير اما اللعان فليس له ان يلاعن وجها واحدا قال ابن الصباغ اذا تلاعنا فقد تعارض لعانه ولعانها فلا يثبت زناها ولا يزول حصانها ومتى قذفها هو او غيره حد وان لاعن ولم يلاعن هي سقط حصانتها في حق الزوج وهل يسقط حصانتها في حق الاجنبي فيه وجهان قال وان اكذب الزوج نفسه حد ان كانت محصنة وعزر ان كانت غير محصنة ولحقه النسب لانه حق عليه فلزمه بتكذيب نفسه بخلاف عود الفراش وزوال التحريم وان اكذبت المراه نفسها حدت حد الزنا لانه لا يتعلق بلعانها اكثر من سقوطه وهو حق عليها فعاد بتكذيبها نفسها ٥

باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق

ومن تزوج بامراه فاتت بولد يمكن ان يكون منه لحقه نسبه ولا ينتفي عنه الا باللعان لقوله عليه السلام الولد للفراش وان لم يمكن ان يكون منه بان يكون له دون عشره سنين اي وسته اشهر وساعه وقيل دون سبع سنين وسته اشهر وساعه وليس بشي لان النبي عليه السلام علق الضرب بترك الصلاه والتفريق في المضاجع بالعشر فدل على ان البلوغ لا يتحقق بما دون ذلك قال او كان مقطوع الذكر والانثيين جميعا لانه حينيذ لا ينزل وقيل ينزل ولكنه يرق ولا يتخلق منه الولد هذه طريقه ابي اسحق وقال ابو حامد انما ينتفي عنه من غير لعان اذا انسد ثقبه المني وقيل لا اثر لذلك بل يلحقه ولا ينتفي الا باللعان وقيل يعرض على اهل المعرفه بذلك ويعمل بقولهم في ذلك قال او اتت به امراته لدون سته اشهر من حين العقد فان اقل مده الحمل سته اشهر بالاجماع او اتت به

مع العلم بانه لم يجتمع معها اي بان طلقها عقيب العقد او كان بينهما مسافه لا يمكن معها الاجتماع او اتت بولد لاكثر من مده الحمل وهي اربع سنين من حين اجتمع معها انتفى عنه من غير لعان لانا قطعنا بانه ليس منه فلا حاجه الى اللعان وان وطيها ثم طلقها طلاقا رجعيا ثم اتت بولد لاكثر من اربع سنين من حين الطلاق ففيه قولان احدهما لا يلحقه لانها حرمت عليه بالطلاق تحريم المبتوته فاشبه ما لو كان الطلاق باينا فانه لا يلحقه ولكن هل تنقضي به العده المذهب المشهور انه تنقضي به العده وقال بعض البصريين انما تنقضي بالاقرا وبالاشهر قبله قال والثاني يلحقه ولا ينتفي عنه الا باللعان لانها زوجه بدليل الاحكام فعلى هذا الى متى يلحقه الولد فيه وجهان احدهما ابدا والثاني الى اربع سنين من حين انقضا العده وهو الصحيح فعلى هذا لو نفر بانقضا العده فوجهان احدهما يلحقه ابدا والثاني الى اربع سنين قال وان بانها وانقضت عدتها ثم تزوجت باخر ثم اتت بولد لسته اشهر من حين النكاح الثاني فهو للزوج الثاني لان الفراش له وهكذا لو كان الطلاق رجعيا فان قال هو من الزوج الاول وكان ذلك لاربع سنين فما دونها من طلاق الاول عرض على القافه ولم يلاعن لنفيه للاحتمال ولو لم يعرف وقت الطلاق الاول ونكاح الثاني فانكر الزوج انه ولد على فراشه فالقول قوله مع يمينه وينتفي الولد عنه من غير لعان قال وان وطي امراه بشبهه مثل ان زفت اليه غلطا او غلط الى فراشها واعتقدها زوجته فاتت بولد يمكن ان يكون منه لحقه نسبه ولا ينتفي عنه الا باللعان لانه وطي له حرمه وله ان يلاعن لنفي الولد كما لو لحقه في النكاح وهكذا الحكم لو وطيها في نكاح فاسد فاتت بولد ومن لحقه نسب يعلم انه

من زنا اي مثل ان علم من نفسه انه لم يطاها لزمه نفيه باللعان لانه اذا
لم ينفه جعل الاجنبي مناسبا له ومحرما له ولاولاده ومزاحما لهم
في حقوقهم وذلك لا يجوز غير انه لا يقذفها لجواز ان يكون من
وطي شبهة او من زوج قبله وهكذا لو ظهر له انه ليس منه بان حاضت
بعد وطيه ثم راى رجلا يزني بها او اخبره بذلك ثقة ثم اتت بولد
يلزمه نفي الولد ولو راى رجلا يزني بها في الطهر الذي جامعها فيه
مع العزل وراى فيه شبه الزاني فان غلب على ظنه انه من الزنا
لزمه نفيه باللعان والا فلا يجوز له نفيه قال وان راى
فيه شبها بغيره اي بان اتت به اسود وهما ابيضان او بالعكس ولم
يرها تزني ولا سمع بذلك فقد قيل له نفيه باللعان لان النبي عليه السلام
لاعن بين هلال بن امية وبين امراته ثم قال ان جات به اصهب اريسح
المسح حمش الساقين فهو لزوجها وان جات به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجات به جعدا جماليا خدلج الساقين
سابغ الاليتين فقال عليه السلام لولا الايمان لكان لي ولها شان فدل
على ان للشبه حكما تصغير اصهب والصهبة بين البياض والشقرة واريسح
تصغير ارسح وهو الممسوح الاليتين وحمش الساقين اي دقيق الساقين
واثيبج تصغير اثبج وهو الذي يكون لحمه بين المنكبين ناتيا والثبج ما بين
الكاهل ووسط الظهر والاورق لون بين السواد والغبرة وتطلق
على الرماد من بني ادم والجمالي العظيم الخلق وخدلج الساقين اي
غليظ الساقين سابغ الاليتين اي عظيم الاليتين واصل السبوغ الطول
قال وقيل ليس له نفيه باللعان لما روي ان رجلا من بني فزارة
قال يا رسول الله امراتي جات بولد اسود قال عليه السلام هل لك من
ابل فقال نعم قال ما الوانها قال حمر قال فيها اورق قال ان فيها

لورقا قال فانى ترى ذلك قال لعل عرقا نزعه قال وهذا لعل عرقا
نزعه **فصل** قال ومن لحقه نسب فاخر نفيه
من غير عذر سقط نفيه لانه خيار غير موبد لدفع الضرر وكان
على الفور كخيار الرد بالعيب وفيه قول اخر ان له نفيه الى ثلثة
ايام لانه يحتاج الى الفكر فيما يقدم عليه من النفي فامهل ثلثة ايام
لانها مدة قريبة فان ادعى انه لم يعلم بالولادة ومثله يجوز ان يخفى
عليه اي من حيث العادة كالبلد العظيم اذا كان كل واحد منهما
في طرف منه فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر ما يدعيه وان
لم يجز ان يخفى عليه بان كان في محلة واحدة لم يقبل قوله لان ما يدعيه
خلاف الظاهر وان قال علمت اعلم ان النفي لي او لم اعلم ان النفي
على الفور فان كان قريب العهد بالاسلام قبل منه لان الظاهر
صدقه وان كان يجالس العلما لم يقبل منه لانه يدعي خلاف الظاهر
وان كان من العامة فقد قيل يقبل لان هذا لا يعرفه الا الخواص
وقيل لا يقبل كما لو ادعى الجهل بالرد بالعيب وان اخر النفي لعذر
من حبس او مرض او حفظ مال اي واشهد على نفسه بالنفي قال
او كان غايبا ولم يمكنه ان يسير لخوف الطريق او لعدم الرفقة وبعث
الى الحاكم واعلمه انه على النفي كان له نفيه لانه لم يوجد منه تقصير
وان لم ينفه ولم يشهد اي مع القدرة على الشهادة لم يكن له نفيه لتقصيره
وان كان الولد حملا فترك نفيه وقال لم اتحقق قبل منه اي مع
يمينه لانه عذر محتمل وان قال علمت ولكني قلت لعله يموت فاكفى اللعان
لحقه اي وسقط حقه لانه ترك النفي من غير عذر هذا نصه قال
في التتمة هذا على قولنا ان الحمل يعلم فاما اذا قلنا لا يعلم لا يسقط حقه
قال وان هني بالولد وقيل له بارك الله لك فيه او جعله الله خلفا

مباركا فاجاب بما يتضمن الاقرار بان امن على الدعا وما اشبهه
اي مثل ان يقول استجاب الله دعاك لزمه لاقراره من حيث انه
اضافه الى نفسه ورضي به وان اجاب بما لا يتضمن الاقرار بان
قال بارك الله عليك او رزقك الله مثله او احسن الله جزاك
لم يلزمه لانه لا يتضمن الاقرار لانه يحتمل انه قال ذلك لمقابله
التحيه بالتحيه وان اتت امراته بولدين بينهما دون سته اشهر
فاقر باحدهما او اخر نفيه لحقه الولدان لانهما حمل واحد فلا يجوز
ان يكون بعضه منه دون البعض فجعلنا ما نفاه تابعا لما لم ينفه
احتياطا لاثبات النسب ولهذا لو اتت بولد يمكن ان يكون منه ويمكن
ان لا يكون منه الحقناه به وان مات الولد قبل النفي جاز نفيه بعد
الموت لان الحاجه تدعوا اليه فاشبه ما قبل الموت

فصل

وان اتت امته بولد يمكن ان يكون منه فان لم يطاها لم يلحقه لانه
قد يملكها للخدمه وقد يملكها للاستمتاع فلا يجعل فراشا بنفس
الملك قال الشيخ ابو حامد وهذا اجماع وان وطيها
لحقه لانه روي ذلك عن عمر رضي الله عنه ولا مخالف له من
الصحابه ولانه معنى يثبت به معنى تحريم المصاهره فجاز ان
يثبت به الفراش كعقد النكاح قال ولا ينتفي عنه الا ان
يدعي الاستبرا ويحلف وقيل للشافعي رحمه الله قول اخر
انه يلاعن لنفيه كما في النكاح والمذهب الاول لان له طريقا غير
اللعان وهو دعوى الاستبرا بخلاف النكاح فلو نكل عن اليمين
فوجهان احدهما يلحقه والثاني ترد اليمين على الامه فلو نكلت
ترك الصبي حتى يبلغ ويحلفه وان قال كنت اطا واعزل
لحقه وان قال كنت اطاها فيما دون الفرج فقد قيل يلحقه لانه ربما

سبق من الما ولا يحس به فعلق به وقيل لا يلحقه لان كل حكم
تعلق بالوطي لم يتعلق بالوطي فيما دون الفرج كالغسل والمهر
والعده وان وطي امه ثم اعتقها واستبرات ثم اتت بولد لسته
اشهر من حين العتق لم يلحقه وقيل يلحقه لعلم ان الشافعي
رضي الله عنه نص هنا ان لا يلحقه ونص في المطلقه ثلثا اذا اقرت
بانقضا العده بالاقرا ثم اتت بولد يمكن ان يكون منه انه يلحقه فجعل
ابو العباس المسلتين على قولين وقال اكثر الاصحاب
تقرير النصين وهو الصحيح والفرق ان ولد الزوجه يلحقه
بالامكان وولد الامه لا يلحقه بالامكان فاذا استبراها بطل
حكم الوطي وهكذا الحكم لو لم يعتقها ولكن ادعى الاستبرا
وحلف عليه وان اشترك اثنان في وطي امراه فاتت بولد لو انفرد
به كل واحد منهما لحقه عرض على القافه اعلم ان الاشتراك على
وجوه احدها ان يطاها كل واحد منهما بشبهه مثل ان يعتقد
انها زوجته او امته الثاني ان يطاها كل واحد منهما بملك اليمين
مثل ان يطا الرجل امته ثم يبيعها قبل الاستبرا الرجل فيطاها
المشتري قبل الاستبرا الثالث ان يطاها احدهما في نكاح صحيح
او في ملك يمين والاخر في نكاح فاسد او بشبهه فاذا حصل
الاشتراك في الوطي في طهر واحد على ما ذكرناه من التفسير
وتحقق امكان الولد من كل واحد منهما لو انفرد به وذلك ان
تاتي به لاكثر من سته اشهر من وطي كل واحد منهما ولاقل من
اربع سنين عرض على القافه فان الحقته باحدهما الحقه لما
روي عن عايشه رضي الله عنها انها قالت دخل رسول الله صلى الله
عليه وسلم واعرف السرور على وجهه فقال الم تري الى مجزز

المدلجي ينظر الى اسامه وزيد عليهما قطيفه قد غطيا روسهما
وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض فلولا ان
لقول القافه حكما وتاثيرا في النسب لما كان النبي صلى الله عليه وسلم
سر به ولا كان اقره على قوله قال وان لم يكن قافه او كانت
فاشكل عليها او الحقته بهما او نفته عنهما ترك حتى يبلغ فينتسب
الى من يميل في نفسه انه ابوه اما اذا لم يكن قافه او كانت فاشكل
عليها فلانه موضع الضروره والولد يجد بوالده ما لا يجد بغيره
فرجع اليه في موضع الضروره واما اذا الحقته بهما فلان الولد
لا يجوز ان يكون من اثنين ولهذا اجمعنا على انه لو ادعياه واحدهما
مسلم والاخر كافر لا يلحق بهما فلما الحقته بهما دل على انه اشكل عليها
واما اذا نفته عنهما فلان الاصل عدم غيرهما فظهر انه من
احدهما ولما نفته عنهما دل على انه قد اشكل عليها نعم لو اتوا
بقايف فالحقه باحدهما ثم جاء الاخر بقايف اخر فالحقه بالاخر
كان لاحقا بالاول قال ولا يقبل قول القايف الا ان يكون
ذكرا حرا عدلا مجربا في معرفه النسب قال المحاملي والتجربه
ان يكون يترك مولود ثابت النسب بين جماعه ليس فيهم ابوه فيقال
له انما هو ابوه فان الحقه بواحد منهم فليس بقايف وان لم يلحقه
جعل فيهم ابوه فان الحقه به فهو قايف وقال الخراسانيون
يعرض بين ثلثه اصناف من النسوه وليس فيهن امه ثم يعرض مع صنف
رابع فيهن امه فان اصاب في الكل قبل قوله بعد ذلك وانما اعتبرنا
التجربه ليعرف كونه من اهل الاجتهاد وليقبل وانما اعتبرنا
في القيود بالقياس على الحاكم قال ويجوز ان يكون واحدا
وقيل لا بد من اثنين كما سيتضح فيما ذكرته في باب العتق ان شاء الله تعالى

ومن اصحابنا من اشترط ان يكون من بني مدلج وليس بشي

كتاب الايمان

سمي الحلف يمينا لان العرب كانوا اذا تحالفوا اخذ كل واحد منهم بيمينه
يمين صاحبه وقيل لانها تحفظ الشي على الحالف كما تحفظ اليد اليمين الشي

باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين

تصح اليمين من كل بالغ عاقل مختار قاصد الى اليمين لعموم قوله
تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان
قال فاما الصبي فلا تصح يمينه ومن زال عقله بجنون او
نوم لا تصح يمينه ومن زال عقله بمحرم صحت يمينه وقيل فيه قولان
ومن اكره على اليمين لم تصح يمينه لما ذكرناه في الطلاق ومن
لم يقصد اليمين وسبق لسانه اليها او قصد اليمين على شي فسبق لسانه
الى غيره لم تصح يمينه وذلك لغو اليمين الذي دلت الايه على انه لا
يواخذ به اذ اللغو في لغه العرب هو الكلام الذي لا يقصد اليه
خلاف الطلاق والعتاق فانه لم تجر العاده باللغو فيها وحق
الادمي متعلق بها ويصح اليمين على الماضي والمستقبل فان حلف
على ماض وهو صادق فلا شي عليه بدليل شرعيه اليمين في حق
المدعا عليه وان كان كاذبا اي بان حلف على امر انه لم يفعله وكان
قد فعله او انه فعله ولم يكن فعله اثم لان النبي عليه السلام عد
اليمين الغموس من الكباير فيما رواه ابن عمر رضي الله عنه وهذه
اليمين هي اليمين الغموس وسميت بذلك لانها تغمس من حلف بها في
النار اي تغوصه فيها قال وعليه الكفاره لعموم الايه وان
حلف على مستقبل فان كان على امر مباح اي كدخول الدار فقد قيل

ان الاولى ان لا يحنث وهو الاظهر لقوله تعالى ولا تنقضوا الايمان
وقيل الاولى ان يحنث لقوله تعالى لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم
وان حلف على فعل مكروه اي كالالتفات في الصلاة او ترك مستحب
اي كترك صلاة النفل فالاولى ان يحنث لما روى ابو داود في سننه
ان النبي عليه السلام قال لعبد الرحمن بن سمرة اذا حلفت على يمين
ورايت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير منه
ويكره ان يحلف بغير الله تعالى لقوله عليه السلام لا تحلفوا الا بالله
واما قوله صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد كفر محمول على ما
اذا اعتقد فيه من التعظيم ما يعتقد في الله واما قوله عليه السلام
افلح وابيه ان صدق محمول على انه جرى من غير قصد اليمين ملحق
بلغو اليمين واما اقسام الله تعالى بمصنوعاته فانما كان للدلالة
على قدرته وقيل الاله مضمر فيه قال وان حلف بغير الله كالنبي
والكعبة لم ينعقد يمينه اما في الكعبة فبالاجماع واما في غيرها
فبالقياس عليها وان قال ان فعلت كذا فانا يهودي او نصراني
او بري من الاسلام لم ينعقد يمينه لقوله عليه السلام من حلف
انه بري من الاسلام فان كان كاذبا فهو كما قال وفي رواية فقد قال
وان كان صادقا فلن يرجع الى الاسلام سالما ولم يذكر الكفارة
ولانه يمين بمحدث فاشبه اليمين بالمخلوقات قال ويستغفر الله
تعالى ويقول لا اله الا الله ليجبر الخلل الحاصل وقوله فهو كما قال
ذكره في معرض تعظيم ذلك لانه يصير كافرا وقوله لن يرجع
الى الاسلام سالما اي انه يكون خاسرا بهذا القول وقيل اراد به ان كان
كاذبا في الاعتقاد فقد قال لغوا وان كان صادقا في الاعتقاد فقد
كفر وان حلف باسم الله تعالى لا يسمى به غيره كقوله والله والرحمن

والمهيمن وعلام الغيوب وخالق الخلق والواحد الذي ليس كمثله
شي وما اشبهه اي كقوله باري النسمة والاله ومقلب القلوب ورب
العالمين انعقدت يمينه لان هذه الاسماء لا يسمى بها غيره فانصرفت
اليه نوى او اطلق ولو نوى غير الله تعالى هل يدين فيه وجهان
وان حلف بما يسمى به غيره مع التقييد كالرب والرحيم والقادر
والقاهر ولم ينو به غيره انعقدت يمينه اي نوى او اطلق لان اطلاق
اللفظ يدل عليه وقيل انه لا يكون يمينا ولا تنعقد يمينه وليس بشي
وان نوى غيره لم ينعقد يمينه لانه قد يستعمل في غيره مع التقييد فيقال
رب الدابة ورحيم القوم وقاهر اهل القلعة وقادر على ضرب
عبده واذا احتمل عملت فيه النية وهكذا الحكم في الخالق والجبار
والباري فان حلف بما يشترك فيه هو وغيره كالحي والموجود
والغني والسميع والبصير لم ينعقد يمينه الا ان نوى به الله عز وجل
لانها تستعمل في حقه تعالى وفي حق غيره استعمالا واحدا فاشبه
كنايات الطلاق قال الشيخ ابو حامد والمحاملي وابن
الصباغ والغزالي رحمهم الله لا يكون يمينا سوى نوى او لم ينو لان
اليمين انما تنعقد اذا حلف باسم معظم له حرمة وهذه الاسماء لا حرمة
لها لاشتراك الخالق والمخلوق فيها على السوا وان قال الله لا فعلت كذا
لم يكن يمينا وقال في المرشد سواء كان بالخفض او بالرفع او بالنصب
لان حرف القسم اماره ظاهره في علم اليمين قال الا ان نوى اليمين
فيكون يمينا لانه يحتمله اذ العرب قد تحذف حرف القسم وان قال
بالله لا فعلت كذا واراد بالله استعين لافعلن كذا لم يكن يمينا للاحتمال
وان اطلق كان يمينا لانه حرف القسم هكذا اذا كان بالبا المعجمة من تحت
بواحدة فاما لو كان بالتا المعجمة بنقطتين من فوق فالمنصوص في الايمان

والايلا انه يمين وروي المزني في القسامه انه ليس بيمين فمنهم من
غلطه ومنهم من صوبه وقال ان كان في اللعان والايلا
فهو يمين لانه يلزمه حق وان كان في القسامه فليس بيمين لانه
يستحق به المال ومنهم من قال فيها قولان قال وان حلف
بصفه من صفات الذات لا تحتمل غيره وهي وعظمه الله وجلال
الله وعزه الله وكبريا الله وبقا الله وكلام الله والقران انعقدت
يمينه وكذلك قوله ومشيه الله واراده الله لان هذه الصفات
لم يزل موصوفا بها ولا يجوز وصفه بضدها فصارت كاليمين
باسمايه وقال الخراسانيون ان نوى غير اليمين دين وهل
يقبل ظاهرا فيه وجهان قال وان كان يستعمل في مخلوق
وهو قوله وعلم الله وقدره الله وحق الله ونوى بالعلم المعلوم
وبالقدره المقدور وبالحق العبادات لم تنعقد يمينه للاحتمال
وان لم ينو شيا انعقدت يمينه لان الله تعالى لم يزل يوصف بها ولا
يجوز وصفه بضدها وان قال لعمر الله فهو يمين الا ان ينوي
به غير اليمين على ظاهر المذهب اي سوا ان قد نوى او اطلق
اما اذا نوى اليمين فلان معناه بقا الله وقيل حياته وقيل علمه والكل
صفات الذات واما اذا اطلق فلانه ثبت له عرف الشرع بدليل
قوله تعالى انهم لفي سكرتهم يعمهون وعرف الاستعمال
بدليل قول قايلهم

وكل اخ مفارقه اخوه لعمر ابيك الا الفرقدان

وقوله الا ان ينوي به غير اليمين مثل ان ينوي به حقوق الله تعالى
فلا يكون يمينا لان حقوقه محدثه وقيل ليس بيمين الا ان ينوي
به اليمين وهو المنصوص لانه ليس بيمين عرفا واما الايلا فمجراه

مجرى ما اقسم به ولا يقسم حلفه وان قال اقسمت بالله انعقدت
يمينه اي سوا نوى اليمين او اطلق وقال الخراسانيون اذا اطلق
لم يكن يمينا وليس بشي لانه ثبت له عرف الشرع قال الله تعالى واقسموا
بالله وقوله تعالى فيقسمان بالله وعرف العاده فان الناس يحلفون
كثيرا فان قال اردت بالاول الخبر عن ماض وبالثاني الخبر عن
مستقبل قبل فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال وهل يصدق في الحكم
قيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر اللهم الا ان يعلم تقدم القسم منه
فيقبل منه وقوله اقسمت وقيل ان كان في الايلا لا يصدق لانه يتعلق
به حق الزوجه فلم يقبل فيه خلاف الظاهر وان كان في غيره صدق
لان حق الله تعالى مبني على المسامحه واللفظ محتمل وقيل فيه قولان
احدهما لا يصدق لانه خلاف الظاهر والثاني يصدق للاحتمال
وان قال اشهد بالله فقد قيل هو يمين الا ان ينوي بالشهاده غير
القسم لانه ثبت له عرف الشرع في اللعان وقيل ليس بيمين
الا ان ينوي به القسم وهو المنصوص لتردد اللفظ واما في
الشرع فقد يستعمل اليمين ويستعمل للشهاده وهكذا الحكم فيما لو قال
شهدت بالله وان قال اعزم بالله لم يكن يمينا لانتفا السنه
والعرف الا ان ينوي به اليمين فعند ذلك يكون يمينا للاحتمال بان يقول
اعزم ثم يبتدي بقوله بالله لافعلن كذا فليس بيمين لان ظاهر
اللفظ ينصرف الى ما وجب له من العبادات فلا يصير يمينا من غير
نيه قال الا ان ينوي به اليمين وذلك بان ينوي بالعهد استحقاقه
لما تعبدنا به وقيل هو يمين عند الاطلاق وليس بشي فقيل عهده
وصيته لعباده بالصلاه والصوم وغيرهما من الفروض وميثاقه
الكتاب الذي كتبنا للملايكه عليهم وذمته يعني التزام الفروض في

في ذممهم وامانته هي الفروض فانها امانة له عند العباد
وكفالته تعني تعلقهم بهذه الامانة بنفوسهم قال وان قال
اسالك بالله او اقسمت عليك بالله لتفعلن كذا فليس بيمين
لانه يحتمل الشفاعة ولم يثبت له عرفا الا ان ينوي به اليمين فعند
ذلك يكون يمينا لانه يحتمله نظرا الى قوله بالله وان حلف
رجل بالله فقال اخر يميني في يمينك او يلزمني مثل ما يلزمك لم
يلزمه شي لان اليمين لا تنعقد بالكناية مع النية لان اليمين
لا تصح الا بلفظ صحيح معظم وهذا ليس كذلك وان كان ذلك في
الطلاق او العتاق ونوى لزمه ما يلزم الحالف لان اليمين فيهما
تنعقد بالكناية مع النية قال في التتمة لا يتعلق حكم في المسايل
الثلث لان لفظ التعليق وجد من غيره وذلك الغير عبر عن نفسه
لا عنه فلا يمكن جعله كناية عنه وقال ايضا وعلى هذا لو قال
لامراته اشركتك مع امراة فلان وكان ذلك الرجل قد علق الطلاق
واراد المشاركة في التعليق بتلك الصفة لم يكن له حكم نعم لو اراد
المشاركة في الطلاق بمعنى ان وقع على امراة فلان الطلاق كانت
شريكتها في الطلاق صح وصار معلقا طلاقها بطلاق تلك المراة
قال وان قال ايمان البيعة لازمة لي لم يلزمه شي الا ان
ينوي الطلاق او العتاق فيلزمه لان اليمين في الطلاق تنعقد
بالكناية مع النية فيلزمه طلاقها ولو نوى اليمين بالله واعلم ان
البيعة كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمصافحة فلما اضاف
اليها الحجاج اسم الله تعالى والطلاق والعتاق والحج والصدقة
قال في التتمة ان كان مراده ما كان على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم لم يكن له حكم وان اراد ما رتبه الحجاج فان لم يذكر

في لفظه طلاقها او عتاقها وحجها وصدقتها وذلك لان الصريح
لم يوجد فالكناية يتعلق بها حكم ولم يتضمن ايقاعها اما الالزام
فلا ولهذا لم يجعل الشافعي رحمه الله ما يشبه الاقرار اقرارا واما ان
صرح بطلاقها وعتاقها وحجها وصدقتها ففي الطلاق لا حكم له
لانه لا يصح التزامه وفي العتق والحج والصدقة يتعلق به الحكم
الا ان في الحج والصدقة حكمه حكم نذر اللجاج والغضب قال
وان قال اليمين لازمة لي لم يلزمه شي لانه ليس بلفظ صحيح فلا
تنعقد به اليمين وان قال الطلاق والعتاق لازم لي ونواه
لزمه لانهما ينعقدان بالكناية مع النية وهذا اللفظ يحتمل
فجعل كناية وقال الروياني الطلاق لازم لي صريح وعد ذلك من صرائح
الطلاق ولعل وجهه كثرة استعماله لارادة الطلاق وقال
القفال في فتاويه ليس بصريح ولا كناية حتى لا يقع به الطلاق
وان نواه لان الطلاق لابد فيه من الاضافة الى المراة ولم يتحقق
قال وان قال الحلال علي حرام ولم يكن له زوجة ولا جارية
لم يلزمه شي لان التحريم ليس بيمين ولا يجب به كفارة والاصل
عدم لزوم شي اخر وخالف ما لو كانت له زوجة او جارية لان
للتحريم مراتب تصلح بالظهار والطلاق والعتق اذا نوى
ذلك فجاز ان يوثر فيها في حكم اخر قال وان كان له زوجة
فنوى طلاقها او جارية فنوى عتقها وقع الطلاق والعتق لان
اللفظ يحتمل وقد اقترنت به النية وان نوى الظهار صح في الزوجة
دون الامة لما سياتي ولا يصح ظهاره في الزامه لان الظهار لا يصح
من السيد في امته وهكذا الحكم لو نوى الطلاق قال ابن
الصباغ وعندي انه لو نوى الظهار في الزامه يكون بمنزلة ما لو نوى

تحريمها لان معني الظهار ان ينوي انها عليه كظهر امه في التحريم
وهذه نية التحريم بوصف التاكيد قال وان نوى تحريمهما
لزمه بنفس اللفظ لكل واحده منهما كفارة يمين لما روي ابن عباس
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اتي منزل حفصه فلم يجدها وكانت
عند ابيها فاستدعا جاريته ماريه القبطيه فاتت حفصه فقالت
يا رسول الله في بيتي وفي يومي وعلى فراشي فقال النبي عليه السلام
ارضيك واسر اليك سرا فاكتميه هي علي حرام فانزل الله تعالى
يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الايه فامر النبي صلى الله عليه وسلم
كل من حرم على نفسه حلالا الا ان يعتق رقبة او يطعم عشره
مساكين او يكسوهم وهذا الجمع من الامه والزوجه وان لم ينو شيا
ففيه قولان احدهما لا يلزمه شي لانه صريح لان كل ما كان كنايه
في جنس لم يكن صريحا في ذلك الجنس كقوله انت خليه والثاني
يلزمه كفاره يمين لان اللفظ صريح في ايجاب الكفاره لحديث ابن
عباس رحمه الله وقيل انه صريح في لزامه قولا واحدا لان النص ورد
فيها ولو قال كلما املك علي حرام وله نسا واما ومال فقد قيل
يجب عليه كفاره واحده قولا واحدا وقيل فيه قولان احدهما
كفاره والثاني كفارات بنا على القولين فيمن ظاهر من نسوه بكلمه
واحده وقال الكراسانيون اذا قال حلال الله علي حرام
قال المتقدمون من اصحابنا هو كنايه في الطلاق وقال المتاخرون
صريح وقال القفال ان كان الحالف بحيث لو سمع هذا اللفظ من
غيره لفهم منه الصريح فهو صريح في حقه والا فهو كنايه ٥

باب جامع الايمان

اذا قال والله لا اسكنت دارا وهو فيها وامكنه الخروج منها ولم
يخرج اي بل بقي فيها ولو لحظه حنث لتحقق السكنى الا ان يكون ممنوعا
بالحبس والقيد وشبهه او كان زمنا لا يمكن او لا يطيق الخروج
وقال القفال ان نوى الاقامه لاجل نقل القماش لم يحنث وان
وقف لغلق بابه واحراز امواله ولم يقدر علي ان يستنيب فيه لم يحنث
علي اصح الوجهين اصل الحنث في اللغه الاثم والحرج ويطلق ايضا بمعنى
الميل والمراد به هنا نقض اليمين والرجوع عنها وان خرج منها
بنيه التحويل لم يحنث اي وان بقي قماشه واهله وان رجع لنقل القماش
لم يحنث لانه لا يعد ساكنا وان حلف لا ساكن فلانا فسكن كل
واحد منهما في بيت من دار كبيره او خان وانفرد كل واحد منهما بباب وغلق
لم يحنث لانه لا يعد مساكنا له وانما شرطنا الكبر في الدار دون
الخان لان الدار الصغيره مسكن واحد واما الخان فانه جعل مساكن
متعدده وان حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها ولم يخرج ففيه قولان
اصحهما انه لا يحنث لان الدخول هو الانفصال من خارج الدار
الي داخلها ولم يتحقق والثاني يحنث لان الاستدامه بمنزله الابتدا
في التحريم بالنسبه الي ملك الغير فكذلك في الحنث كاللبس وان
حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه فاستدام او لا يركب دابه وهو راكبها
فاستدام حنث لان الاسم يطلق عليه حال الاستدامه ولهذا يقال في
العرف لبست الثوب شهرا وركبت الدابه يوما وان حلف لا يتزوج وهو
متزوج او لا يتطهر وهو متطهر او لا يتطيب وهو متطيب فاستدام
لم يحنث لانه لا يطلق عليه الاسم في الحال الاستدامه ولهذا
يقال تزوجت من شهر وتطهرت من شهر ولا يقول شهرا وحكي في
التطيب وجهين احدهما انه لا يحنث بالاستدامه والثاني انه ان

بقي اثر الطيب فاستدام حنث وان بقيت الرايحه لم يحنث وان حلف
لا يدخل دارا فصعد سطحها لم يحنث خلافا لابي ثور لنا ان السطح حاجز
يقي الدار من الحر والبرد فاشبه الحايط وقيل ان كان محجرا حنث
لانه يحيط به سور الدار فاشبه ما لو حصل في الدار وان كان فيها نهر
فحصل في النهر الذي فيها اي بسباحه او في سفينه او صعد شجره
يحيط بها حيطان الدار حنث لتحقق الدخول وان حلف لا يدخل دار زيد
هذه فباعها ودخلها حنث ترجيحا للتعيين على الاضافه كما قلنا فيمن
حلف لا يكلم زوجه زيد هذه فطلقها اللهم الا ان ينوي انه لا
يدخلها وهي ملكه وقيل لا يحنث وليس بشي وان حلف لا يدخل دار
فلان فدخل ما يسكنه بكرا او عاريه لم يحنث خلافا لابي ثور الا ان ينوي
ما يسكنها فحينيذ يعمل بما نواه ان كانت اليمين بالله وبين باطنه
ان كانت اليمين بالطلاق او العتاق لنا ان الاضافه الى من يملك
تقتضي الملك بدليل الاقرار وان حلف لا يدخل مسكن فلان فدخل
ما يسكنه بكرا او عاريه حنث الا ان ينوي ما يسكنه بملك لان المسكن
يقع على ما يسكنه بكرا او عاريه وان حلف لا يدخل هذه الدار فصارت
عرصه فدخلها لم يحنث لزوال اسم الدار وكذا لو جعلت حانوتا او بستانا
وان اعيدت بنقضها ودخلها فقد قيل يحنث لانها عادت كما كانت
وقيل لا يحنث لانها غير تلك الدار ولم يحنث بدخولها كما لو اعيدت بغير
فلكنا لاله ه وان حلف لا يدخل هذه الدار من بابها فحول بابها
الى موضع اخر باستداد الاول وفتح غيره فدخل فقد قيل لا يحنث
وهو ظاهر النص لان الاضافه اقتضت تعريف الباب الموجود وقت
اليمين فاشبه ما لو حلف لا يدخل دار زيد فباعها وقيل يحنث وهو الاظهر
لان اليمين تتعلق بتلك الصفه حال دخوله لا حال اللفظ بدليل ما لو حلف

لا يدخل دار فلان ولا دار له ثم اشترى دارا فدخلها فانه يحنث فاما لو
بقي الاول مفتوحا مع تحويل الباب الخشب الى الباب الحديد ودخل
مبني على ان الباب هو الممر او الخشب والصحيح انه الممر وهكذا الحكم
لو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فحول بابها وان حلف لا يدخل بيتا فدخل
بيتا من ادم او شعر حنث على ظاهر النص اي وان كان قرويا فقيل
علته انه بيت شرعا قال الله تعالى وجعل لكم من جلود
الانعام بيوتا وهذا يبطل بالمسجد وقيل علته انه بيت في عرف
العرب والعرف في موضع يعم حكمه ساير المواضع وهذا يبطل
بما لو حلف لا يركب دابه فركب حمارا وهو في غير مصر فانه لا يحنث
وان كان دابه في عرف اهل مصر قال ابو الطيب والتعليل
الصحيح ان البيت اسم لما وضع ليسكن فيه وهذا كذلك واما تسميته
خيمه ومضربه فهو اسم نوع واليمين تحمل على الحقيقه وقيل ان
كان حضريا لم يحنث لانه ليس بيتا في عرفه واليمين تبنى على العرف
وان حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا لم يحنث لان البيت اسم لما وضع
ليسكن فيه وهذا لم يبن لذلك وهكذا الحكم لو دخل بيتا في حمام
او كنيسه ه وان حلف لا ياكل هذه الحنطه فجعلها سويقا او دقيقا
او خبزا فاكله لم يحنث لزوال اسم الحنطه وقيل يحنث كما لو حلف لا
ياكل هذا الكبش فذبحه واكله نيا او مطبوخا فانه يحنث وان حلف
لا ياكل الخبز فشرب الفتيت لم يحنث لانه ليس باكل وان حلف لا يشرب
السويق فاستفه لم يحنث لانه ليس بشارب وان حلف لا ياكل سويقا ولا
يشربه فذاقه لم يحنث لانه ليس باكل ولا شارب وان حلف لا يذوق
شيا فمضغه ولفظه فقد قيل يحنث وقيل لا يحنث لان اسم الذوق
الازدياد ولهذا لا يفطر به الصايم فله والاول اصح لان الذوق

معرفه الطعم وقد حصل وان حلف لا ياكل سمنا فاكله في عصيده
وهو ظاهر فيها حنث وان اكله مع الخبز حنث على ظاهر المذهب
وقيل لا يحنث اي في المسلتين لانه لم ياكله منفردا فاشبه ما لو حلف
لا اكل مما اشتراه زيد فاكل مما اشتراه زيد وعمرو وليس بشي
لانه فعل المحلوف عليه واضاف اليه غيره فاشبه ما لو حلف لا يدخل
على زيد فدخل على جماعه هو فيهم وان حلف لا يشرب ما
فشرب ما البحر او حلف لا ياكل الطعام فاكل دوا فهل يحنث فيه وجهان
قال وان حلف لا اشرب من هذا الكوز فجعل ما فيه في غيره
وشربه لم يحنث وان حلف لا يشرب من هذا النهر فشرب ماه في كوز
حنث والفرق ان الشرب يكون من الكوز عرفا فتعلقت اليمين بالشرب
منه والشرب يكون من ما النهر عرفا لا من نفس النهر فتعلقت اليمين بمايه
وان حلف لا ياكل لحما فاكل شحما او كليه او ثربا او كرشا او كبدا
او طحالا او قلبا لم يحنث لانها مخالفه له في الاسم والصفه وقيل
يحنث في الشحم وان اكل اللسان او لحم الخد او العين فوجهان
قال وان اكل من الشحم الذي على الظهر اي السمين لانه لحم ولهذا
يكون احمر عند هزال الحيوان هذا نقل الشيخ ابي حامد وقال القفال
هو شحم وقال ابو زيد ان كان الحالف عربيا فهو شحم لانهم يعرفونه
شحما وان كان عجميا فهو لحم لانهم يعرفونه لحما قال وان
اكل الاليه لم يحنث وكذا سنام البعير لانهما في معنى الشحم في البياض
والذوبان فالحق به وقيل يحنث لانهما في معنى اللحم لصلابتهما ونباتهما
في اللحم فالحقا به وقيل ليس بشحم ولا لحم وان اكل السمك لم يحنث لانه
ليس بلحم في الحقيقه ولهذا يصح ان يقال ما اكلت لحما واكلت سمكا
وقيل يحنث وان حلف على الشحم فاكل سمين الظهر او الاليه لم يحنث لما تقدم

وان حلف لا ياكل الروس لم يحنث الا بما يباع منفردا وهي روس الابل
والبقر والغنم لانها تباع منفرده وتوكل منفرده عن الابدان
وقيل يحنث باكل ما يسمى راسا وقيل لا يحنث الا باكل روس الغنم والمذهب
الاول قال وان كان في بلد يباع فيه روس الصيد منفرده
حنث باكلها لانها كروس الانعام في حقهم وان كان في بلد لا يباع فيه
فقد قيل يحنث كما لو حلف لا ياكل لحما فانه يحنث بلحم الفرس وان كان لا
يوكل في جميع البلاد وقيل لا يحنث لانه لا يطلق عليها اسم الروس فيه
وان حلف لا ياكل البيض لم يحنث الا بما يفارق بايضه اي في حال حياته
كبيض الطير والدجاج والنعام لان الاطلاق منصرف اليه وان اكل بيض
الجراد والسمك لم يحنث لان الاطلاق لا ينصرف اليه وقيل ان اكل بيض
العصافير والاوز يحنث وقيل لا يحنث الا ببيض الدجاج خاصه ٥
وان حلف لا ياكل ادما حنث باكل الملح واللحم لانه عليه السلام قال
سيد الادام اللحم وروي عنه ايضا سيد ادامكم الملح قال
وان اكل التمر لم يحنث لانه لا يتادم به في العاده بل يوكل قوتا او
حلاوه وقيل يحتمل ان يحنث لانه روي انه عليه السلام اعطى سايلا
خبزا وتمرا وقال هذا ادم هذا وان حلف لا ياكل رطبا او بسرا فاكل
منصفا حنث لاشتماله على كل واحد منهما وفيه الوجه المذكور في
السمن وفيه وجه اخر انه ان كان الكثير بسرا حنث في اليمين على
البسر دون الرطب دون البسر وان حلف لا ياكل رطبه او بسره
فاكل منصفا لم يحنث لانها ليست بسره ولا رطبه وان حلف لا ياكل لبنا
فاكل شيرازا او دوغا حنث لانه يسمى لبنا قال ابن الصباغ وتوقف
الاصحاب في الشيراز لان له اسما يخصه قال وان اكل جبنا او
لورا او مصلا او كشكا او اقطا لم يحنث لانه لا يسمى لبنا وقيل يحنث

مثل ما يتخذ من اللبن في الشيراز لبن يغلى على وجه مخصوص فيثخن جدا
ويثقب وطعمه يميل الى الحموضة والدوغ هو الذي قلع زبده
وصفي ماؤه ويغتث جبنه واللور هو متوسط بين الجبن واللبا
وفيه تفتت والمصل هو شي يتخذ من ما اللبن الذي يحل عند الطبخ والكشك
معروف ويحل في بلاد اكثر من الحنطة وقد يتخذ من الشعير ويعجن
في الاكثر بالماء وقد يعجن باللبن الحليب ولعل هذا النوع هو
المراد هنا هذا والاقط فسرناه في زكاة الفطر وان حلف لا
ياكل فاكهة فاكل الرطب او العنب او الرمان حنث لانه يسمى فاكهة
وكذا الاترج والبطيخ والنبق والتوث بخلاف الخيار والقثا فانهما
من الخضروات وان حلف لا يشم الريحان فشم الضيمران بفتح الضاد
الضاد المعجمة وتسكين اليا المعجمة بنقطتين من تحت وضم الميم وفتح
الرا الغير معجمة وهو الريحان الفارسي حنث لانطلاق الاسم عليه وان
شم الورد والياسمين لم يحنث لانه لا يسمى ريحانا بل مشموما واما
الزعفران فمشموم واما المسك والكافور فلا يسمى مشموما بل طيبا
قال وان حلف لا يلبس شيا فلبس درعا او جوشنا او خاتما
او خفا او نعلا حنث لتحقق اللبس حنث وقيل لا يحنث لان اطلاق اللبس
ينصرف الى الثياب وان حلف على رداء انه لا يلبسه ولم يذكر الرداء في
يمينه اي بل قال لا البس هذا فقطعه قميصا ولبسه حنث لتحقق
لبسه وقيل لا يحنث لان مفهومه انه لا يلبس هذا على صفته فاذا غير
عن صفته لم يحنث وان حلف لا يلبس حليا فلبس خاتما اي من ذهب
او فضة او مخنقة لولو حنث لانه يسمى حليا وان لبس شيا من الخرز
والسبج فان كان ممن عادته التحلي به كاهل السواد حنث وهل يحنث
به غيرهم على ما ذكرناه في روس الصيد واذا حلف لا يلبس خاتما

فلبس خاتما في غير الخنصر لم يحنث نعم لو كانت امراة حنثت وهكذا
لو حلف لا يلبس قلنسوة فجعلها في رجله لم يحنث قال في الذخاير
هذا ما قطع به بعض الاصحاب وقد ذكروا فيما لو حلف لا يلبس قميصا
فارتدى به وجهين فلذلك يجي هنا ايضا وجهان قال وان
من عليه رجل فحلف لا يشرب له ماء من عطش فاكل له خبزا او لبس له ثوبا
او شرب له ماء من غير عطش لم يحنث لانه لم يتحقق مدلول لفظه ويمين
الحالف تنعقد على مدلول لفظه فلا تنعقد على ما هو في معناه
بدليل ما لو حلف لا يتزوج فتسرى وان حلف لا يلبس له ثوبا فوهبه
منه او اشتراه او لبس ما اشترى له لم يحنث لانه لبس ثوبا له حال
اللبس وان حلف لا يضربها فنتف شعرها او عضها لم يحنث لانه لا يسمى
ضربا بخلاف ما لو ضربها ضربا غير مولم ولو لكمها او رفسها فوجهان
وان حلف لا يهب له فتصدق عليه حنث لان الهبة تمليك العين في
حال الحياة بغير عوض وقد تحقق منه وهكذا الحكم لو وقف عليه
وقلنا ان الملك ينتقل الى الموقوف عليه وان اعاره او اوصى لم يحنث
لعدم تحقق المسمى وان وهب له فلم يقبل لم يحنث لانه لم يتحقق
حرعقد الهبة وقيل يحنث وان اعطاه صدقة مفروضة لم يحنث على
وجه قال وان قبل ولم يقبض لم يحنث لان المقصود من الهبة
نقل الملك ولم يتحقق وقيل يحنث قال في التتمة وهو الاصح لان
العقد قد وجد وانما بقي مجرد القبض واذا تحقق العقد السابق
قال وان حلف لا يتكلم فقرا القران لم يحنث لان الكلام في العرف
منصرف الى كلام البشر وان كبر او سبح لم يحنث وقال ابن الصباغ
القياس يحنث وان حلف لا يكلمه فراسله او كاتبه او اشار اليه لم يحنث
في اصح القولين لانه لا يسمى كلاما عرفا والثاني يحنث لان الله تعالى

استثنى الوحي وهو السالة من الكلام واستثنى الرمز من الكلام فدل
على ان ذلك من الكلام وان قال لا صليت فاحرم بها حنث لانه يسمى
مصليا وقيل لا يحنث حتى يركع لانه اذا ركع فقد اتى معظم الركعة فقام
مقام جميعها وقيل لا يحنث الا بالفراغ منها والمذهب الاول لان
بمجرد الدخول في العبادة يحصل الاسم فينبغي ان يحنث ولانه لو حلف
لا يصوم حنث بالشروع فيه ولا يعتبر الفراغ ولا الاتيان بالمعظم وحكى
الغزالي ان الخلاف جار في الصوم ايضا قال وان حلف لا مال له
وله دين فقد قيل يحنث لانه يصح تصرفه فيه بالاعتياض والحوالة
ويعد غنيا عرفا وقيل لا يحنث لان المالية صفة الموجود ولا
موجود هنا نعم لو كان حالا فالمذهب انه يحنث لانه يعد غنيا عرفا
وشرعا حتى انه يجب عليه نفقة الموسرين وان حلف ماله
رقيق او ماله عبد وله مكاتب لم يحنث على اظهر القولين لانه كالخارج
عن ملكه بدليل انه يملك اكسابه ومنافعه دون السيد بخلاف
ام الولد ويحنث في الاخر لقوله عليه السلام المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم وقيل لا يحنث قولا واحدا لان الشافعي رضي الله
عنه الزم نفسه شيئا واجاب عنه ٥ وان حلف لا يتسرى فقد
قيل لا يحنث حتى يحصن الجارية اي يحجبها عن العيون ويمنعها عن الخروج
والبروز ويطاها وينزل وهو المنصوص اذ التسري مشتق من
السرور وذلك لا يحصل الا بما ذكرناه وقيل يحنث بالتحصين والوطي
اي وان لم ينزل اذ التسري ماخوذ من السري وكانه يجعلها اسرى
الجواري وهذا لا يحصل بدون التحصين والوطي وقيل يحنث بالوطي
وحده اذ التسري مشتق من السر وهو الوطي وقيل يحنث بالوطي
والانزال لان التسري في العرف اتخاذ الجارية لابتغاء الولد وذلك
موقوف على الوطي والانزال وقيل ان هذا هو المنصوص
وان قال لا رايت منكرا الا رفعته الى القاضي فلان ولم ينو انه يرفع
اليه وهو قاض فعزل ثم رفع اليه فقد قيل يحنث لانه علق
اليمين بعين موصوفة بصفة وقد زالت الصفة فلم يبر كما لو قال
لا اكلن هذه الحنطة فطحنها واكلها بعد سعي فيه نظرا الى فوات
البر بغير اختياره قال وقيل لا يحنث وهو الاصح لانه علق
اليمين على العين وذكر القضا تعريف لا اشتراط فاشبه ما لو قال
لا دخلت دار زيد هذا وان قال لا رايت منكرا الا رفعته الى
القاضي حمل الى قاضي ذلك البلد من كان لان التعريف بالالف
واللام يرجع ولكن يختص بالقاضي الذي يمكن من الرفع اليه بعد
الرؤية حتى لو مات او عزل ولم يرفعه اليه هل يحكم بحنثه فيه
وجهان وان حلف لا يكلم فلانا حينا او دهرا او زمانا او
حقبا بر بادني زمان لان هذه الاسما للزمان ولم يصح فيها
نقل يدل على تقدير ولو حلف لا يكلم فلانا مدة قريبة او مدة
بعيدة بر بادني زمان وان حلف لا يستخدم فلانا فخدمه وهو
ساكت لم يحنث لان الاستخدام طلب الخدمة ولم يتحقق وان حلف
لا يتزوج او لا يطلق فوكل فيه غيره حتى فعل لم يحنث لانه حلف
على فعله ولم يفعل وان حلف لا يبيع او لا يضرب فوكل غيره حتى
فعل لم يحنث في اظهر القولين وفيه قول اخر انه ان كان ممن لا يتولى
ذلك بنفسه اي حنث حملا لليمين على العرف المعتاد وليس بشي
لان اليمين تبنى على الحقيقة دون المجاز بدليل انه لو حلف ان لا يقعد
تحت السقف لم يحنث نظرا الى قوله تعالى وجعلنا السما سقفا مجازا
وان حلف لا يجلس في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس في الشمس

نظرا الى ان الله تعالى سماها سراجا مجازا قال في التتمه
لا يحنث اذا وكل في الشرا واذا وكل في النكاح فوجهان وفرق بان
النكاح يحتاج الوكيل فيه الى الاضافه الى الموكل ولو انكر الموكل
لا ينفع العقد للوكيل فظهر انه ليس نائبا فيه بخلاف وكيل الشرا
وذكر في النهايه الخلاف فيهما جميعا وان حلف لا يحلق راسه
فامر حلاقه غيره فقد قيل قولان وقيل يحنث قولا واحدا قال
وان حلف ليضربن عبده مايه سوط فشد مايه سوط وضربه بها
ضربه واحده وتحقق ان الكل اصابه بر كما لو ضربه متفرقا
وان لم يتحقق بر سوا ظن الاصابه او شك فيها وخالف المزني في
حال الشك وقال قياس مذهب الشافعي رحمه الله انه لا يبر لنا
ان الظاهر الاصابه قال والورع ان يكفر لاحتمال
عدم الاصابه وان حلف ليضربنه مايه ضربه فضربه بالمايه المشدوده
دفعه واحده فقد قيل يبر لانه حصل بكل سوط ضربه بدليل انه
يحسب له ذلك في الضرب في الزنا وقيل لا يبر لان الكل ضربه
واحده بدليل ما لو رمي في الجمار سبع حصيات دفعه واحده
فانه لا يحسب له سبع حصيات وصار هذا كما لو قال مايه مره ٥ وان
حلف لا اكلت هذه التمره فاختلطت بتمر كثير فاكله الا تمره
ولم يعلم انها المحلوف عليها لم يحنث لاحتمال انها المحلوف عليها والورع
ان يكفر لاحتمال انها غير المحلوف عليها وان حلف لا اكلت رغيفين
فاكلهما الا لقمه لم يحنث وان حلف لا اكلت هذه الرمانه فاكلها
الا حبه لم يحنث وان حلف لا اشرب ما الكوز فشرب الا جرعه لم يحنث
وان حلف لا اشرب ما النهر لم يحنث اي وان شرب منه لان اليمين تعلقت
بالجميع فلم يحنث بالبعض وقيل يحنث بشرب بعضه اي بعض ما النهر

لان شرب الجميع ليس بممكن فيحمل على البعض كما لو حلف لا يكلم
بني فلان فكلم واحدا منهم وقال القاضي حسين اذا قلنا لا يحنث
بالبعض فينبغي ان لا تنعقد يمينه كما لو حلف لا اصعدن السما قال
وان حلف لا اكل مما اشتراه زيد فاكل مما اشتراه زيد وعمرو
لم يحنث لان كل جز من اجزا الطعام لم ينفرد زيد بشرايه وحكي
الخراسانيون وجهين اخرين احدهما يحنث والثاني يحنث ان اكل الكثر
من النصف قال وان اشترى كل واحد منهما شيا وخلطاه
فاكل منه فقد قيل لا يحنث حتى ياكل اكثر من النصف لان بما دونه
لا يتيقن انه اكل مما اشتراه زيد واذا اكل اكثر من النصف تحققنا
انه اكل مما اشتراه زيد واعلم ان هذا فيما اذا كان الطعامان
متساويين فان كان احدهما اكثر اعتبر ان يزيد على المقدار
الذي هو لغير المحلوف عليه ثلثا كان او ربعا وغير ذلك من الاجزا
قال وقيل ان اكل حبه او عشرين حبه لم يحنث وان اكل كفا
حنث اي اذا كان من الحنطه ونحوها لان الطعامين اذا خلطا لا يتميز
في الكف ما اشتراه رجل عما اشتراه اخر هذا اختيار ابن الصباغ
وقيل لا يحنث وان اكل الجميع لانه لا يمكن ان يشار الى شي منه انه مما
اشتراه زيد فاشبه المسله قبلها وهذا اختيار القاضي ابي الطيب
الطبري وحكى البصريون انه ان كان ما يقع الحنث باكله قليلا كان او
كثيرا وكذا ان كان دقيقا وان كان متميزا كالتمر والرطب فاكل
الاكثر من النصف حنث والا فلا قال وان حلف لا يدخل هذه
الدار فدخلها ناسيا اي لليمين او جاهلا اي بانها الدار المحلوف عليها
ففيه قولان اصحهما انه لا يحنث للخبر المشهور ولان هذه احوال
لا تدخل في اوامر الشرع ونواهيه فكذلك في اليمين والثاني يحنث

العاده ان

لحقوق صورة المحلوف عليه وان دخل على ظهر انسان باختياره حنث
كما لو دخل على دابة وان اكره حتى دخل ففيه قولان نعرف بيانهما مما سبق
وان حمل مكرها اي على ظهر انسان بغير اختياره لم يحنث لانه لم يوجد
الفعل ولا اختيار القايم مقام الفعل وقيل على قولين لانه لما كان
دخوله بنفسه ودخوله محمولا باختياره واحدا وجب ان يكون دخوله
مكرها بنفسه ومحمولا واحدا وان حلف لياكلن هذا الرغيف
غدا فاكله في يومه حنث لانه فوت البر باختياره ومتى يحنث فيه
وجهان حكاهما في العدة احدهما بالياس من الرغيف والثاني بمجي
الغد قال ــــ وان تلف في يومه فعلى القولين في المكره من حيث
انه فات بغير اختياره وان تلف من الغد وقد تمكن من اكله اي قبل
انقضاء الغد فقد قيل يحنث كما لو قال لاكلن هذا الرغيف ولم يقيده
بمدة فتلف بعد تمكنه من اكله وقيل على القولين وهو الاشبه لان
جميع اليوم وقت للاكل فلم يكن المفوت بفعله ويخالف المطلق لانه
لم يتعين وقته وصار هذا كما لو دخل عليه وقت الصلاة فمات
بعد التمكن من فعلها فانه لا ياثم لان وقتها مقدر ولو مات بعد
التمكن من الحج اثم لانه غير موقت وان قال لا فارقت غريمي فهرب
منه لم يحنث وقيل على قولي المكره وليس بشي لانه حلف
على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه وان قال والله لا فارقتك حتى
استوفي حقي فاعطاه عنه عوضا او ابراه عنه او احاله على
غيره وفارقه حنث وان كان حقه دنانير فدفع اليه شي على انه دنانير
فخرج نحاسا فعلى القولين في الجاهل قال ــــ وان حلف
فقال ان شا الله متصلا باليمين لم يحنث لما بيناه في الطلاق وان
جرى الاستثنا على لسانه على عادته ولم يقصد به رفع اليمين لم

يصح الاستثنا لانه لم يقصده وان عقد اليمين ثم عن له الاستثنا
لم يصح الاستثنا في اثنا اليمين فقد قيل لان عقد اليمين بعد تمامه
يثبت حكمه فلا يرتفع بعد ثبوته وان عن له الاستثنا في اثنا اليمين
فقد قيل يصح لانه لحقت النية متصلة باللفظ قبل الاستثنا
فاشبه لو كانت من ابتدا اليمين وقيل لا يصح لان الموجب جميع اللفظ
فاشترط اقتران النية بجميعه وان قال ــــ لا سلمت على فلان فسلم
على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه لم يحنث لان اللفظ وان كان عاما
فتخصيصه بالنية وتخصيص العموم جايز وحكى بعض الخراسانيين
انه على القولين وان لم ينو شيا اي لم ينو السلام على المحلوف عليه
ولا استثنا المحلوف عليه ففيه قولان احدهما يحنث نظرا الى
عموم اللفظ والثاني لا يحنث لانه لا يعد مسلما عليه عرفا وان قال
لا دخلت على فلان فدخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه فقد
قيل يحنث وقيل لا يحنث كالمسئلة قبلها والاول اصح لان الاستثنا
لا يصح في الافعال الا ترى انه لو دخل على جماعة فيهم زيد فقال
دخلت عليكم الا زيدا لم يكن صحيحا ه ع

باب كفارة اليمين

سميت الكفارة كفارة لانها تكفر الذنب اي تستره ومنه قيل
للكافر كافرا لانه يكفر الدار اي يغطيه قال ــــ اذا حلف
وحنث لزمته الكفارة واذا كرر اليمين على فعل واحد وجبت عليه
كفارة واحدة في اصح القولين وان لم يكن له نية وقلنا انه اذا نوى
الاستيناف يلزمه كفارتان فهاهنا قولان قال ــــ فان كان
يكفر بالصوم لعجز حتى يحنث لانها عبادة بدنية لا حاجة الى نفقتها

على الوجوب فلم يجز تقديمها كصوم رمضان وفيه احتراز عن
الجمع بين الصلاتين وان كان يكفر بالمال فالاولى ان لا يكفر
حتى يحنث ليخرج من الخلاف فان كفر قبل الحنث جاز للحديث الذي
رواه ابو داود في سننه وبالقياس على تقديم الزكاة على الحول
وقيل ان كان الحنث معصية لم يجز ان يكفر قبل الحنث كيلا يتوسل به
الى المعصية وليس بشيء لان الكفارة لا تتعلق بها تحليل ولا تحريم
بل المحلوف عليه على حاله فيه قال والكفارة ان يعتق رقبة او
يطعم عشرة مساكين او يكسوهم والخيار في ذلك اليه فان اراد العتق
اعتق رقبة كما ذكرنا في الظهار وان اراد الاطعام اطعم عشرة
كل مسكين رطلا وثلثا كما ذكرناه في الظهار وان اراد الكسوة
دفع الى كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص او سراويل
او منديل او مئزر لان الشرع ورد بالكسوة مطلقا ولا عرف له فيه
فيحمل على ما يطلق عليه الاسم وان اعطاه قلنسوة فقد
قيل يجوز لانه روي عن عمران بن الحصين ذكر ذلك في تفسيره انه
وقيل لا يجوز لانه لا يقع عليه الاسم وفي اجزاء الجلود والفراء وجهان
قال ولا يجزي فيه الخلق اي الذي ذهبت قوته لانه يشبه
الطعام المسوس ويجزي ما غسل دفعة او دفعتين كالطعام العتيق
وان كان معسرا لا يقدر على المال اي الفاضل عن كفايته على
الدوام بحيث يجوز له اخذ الزكاة بالفقر والمسكنة كفر بالصوم
للاية وان كان له مال غائب لم يجز ان يكفر بالصوم لانه قادر على
العتق من غير ضرر فلا يكفر بالصوم قال والتكفير بالصوم
ثلثة ايام للاية والاولى ان تكون متتابعة ليخرج من الخلاف
فان فرقها ففيه قولان اصحهما انه يجوز عملا باطلاق الاية

والثاني لا يجوز لقراءة ابن مسعود متتابعات اذ القراءة الشاذة
تنزل منزلة خبر الواحد وان كان الحالف كافرا لم يكفر بالصوم
لانه ليس من اهله وان كان عبدا فاذن له المولى في التكفير
بالمال لم يجز في اصح القولين ويجوز في الاخر بالطعام والكسوة
دون العتق وقيل يجوز بالعتق ايضا على هذا وفي ولائه وجهان
احدهما للمولى والثاني موقوف وقال ابن القفال في التقريب
يكون الولاء له واثنى عليه الاصحاب ومأخذ القولين ان العبد
هل يملك المال بتمليك السيد ام لا وقد بين في موضعه وان
اراد ان يكفر بالصوم في وقت لا ضرر على المولى فيه اي
مثل ان كان في الشتاء جاز الا من غير اذن المولى اذ لا ضرر عليه
وقيل لا يجوز وليس بشيء وان كان عليه ضرر نظرت فان حلف
بغير اذنه وحنث بغير اذنه لم يجز لما فيه من اضرار الغير
المرضي به وان حلف باذنه وحنث بغير اذنه فقد قيل يجوز كما
لو حلف بغير اذنه وحنث باذنه وقيل لا يجوز وهو الاصح لانه اذا
لم يجز فيما اذا حلف بغير اذنه وحنث بغير اذنه ولم ينهه عن الحنث
باليمين فلان لا يجوز هنا وقد نهاه عن الحنث باليمين كان ذلك
اولى فان خالف وصام اجزاه لان النهي لم يعد الى نفس الصوم وان
كان نصفه حرا ونصفه عبدا وله مال كفر بالطعام والكسوة اي دون
العتق وقيل هو كالعبد القن من حيث انه ناقص بالرق والاول اصح
لانه قادر على التكفير بالمال الذي هو فاضل عن كفايته على الدوام فاشبه الحر

باب العدد

وهي مشتقة من العدد وفي الشرع اسم لما يحصل به براءة الرحم واباحتها
للازواج قال اذا طلق امراته بعد الدخول وجبت عليها العدة

وان طلقها بعد الخلوة ففيه قولان اصحهما انه لا عدة عليها
لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمنطوق الاية
يدل على عدم وجوب العدة على غير المدخول بها ومفهومها يدل
على وجوبها على المدخول بها والثاني وهو القديم انها تجب
لان بالخلوة حصل التمكين من استيفا المنفعة وذلك قايم
مقام الاستيفا بدليل الاجارة وتجب العدة باستدخال ما الزوج
قال ومن وجبت عليها العدة وهي حامل اعتدت
بوضع الحمل لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
والمعتبر انفصال جميع الحمل لان اطلاق لفظ الحمل يقتضي جميعه
بدليل اليمين ولو انفصل احد التوامين وخرج بعض الحمل لم
ينقض العدة قال واكثره اربع سنين قال الشافعي رحمه الله
محمد بن عجلان حملت به امه اربع سنين وقال القتيبي في المعارف
ان هرمة بن سنان حملت به امه اربع سنين وقال مالك
رحمه الله جارتنا امراة محمد بن عجلان حملت ثلث بطون كل بطن
بقي الحمل في جوفها اربع سنين واقل مدة الحمل ستة اشهر
لما روي ان عثمان رضي الله عنه اتي بامراة ولدت لستة اشهر
فشاور القوم في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه انزل
الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وانزل وفصاله في عامين
فالفصال في عامين والحمل في ستة اشهر وقال القتيبي في
المعارف ان عبد الملك بن مروان ولد لستة اشهر قال وان
وضعت علقة لم يتصور فيه خلق ادمي وشهد القوابل ان ذلك خلق ادمي
فقد قيل ينقضي به العدة وقيل فيه قولان وقد بينا ذلك في عتق ام

الولد وان كانت من ذوات الاقرا اعتدت بثلثة اطهار لقوله تعالى
والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والمراد ثلثة اطهار بدليل
قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي في وقت عدتهن كما في قوله
تعالى ونضع الموازين القسط ليوم القيامة اي في يوم القيامة والطلاق
المامور به في الطهر فدل على انه وقت العدة وحكى الخراسانيون
قولا اخر ان القرء هو الانتقال من الطهر الى الحيض واصل
القرء الجمع يقال قريت الماء في الحوض اذا جمعته فيه وقيل هو من
قولهم قرت الناقة اذا حملت فكان المراة تحمل دمها قال ومتى
نحكم بانقضا العدة فيه قولان احدهما وهو الصحيح انه ان
كان الطلاق في طهر انقضت العدة بالطعن في الحيضة الثالثة
وان كان في الحيض انقضت العدة بالطعن في الحيضة الرابعة
لان الظاهر ان ذلك دم الحيضة فيكون العدة منقضية فان ما بقي
من الطهر يحسب قرا اذ لو لم يحسب قرا لكان الطلاق فيه ابلغ في
تطويل العدة من الطلاق في الحيض فوجب ان يكون حراما والقول
الثاني لا ينقضي العدة حتى تحيض يوما وليلة لان ما دون ذلك
يحتمل ان يكون دم فساد فلا نحكم بانقضا العدة بالشك وقيل ان
حاضت للعادة انقضت العدة بالطعن في الحيض واذا حاضت
لغير العادة اي بان كانت عادتها ان ترى الدم في عاشر الشهر
مثلا فراته في اوله لم ينقض حتى يمضي يوم وليلة لان العادة
تعرفنا انه دم حيض وهل يكون ما راته من الحيض من العدة
فيه وجهان تظهر فايدتهما فيما لو راجع زوجته في ذلك الزمان
قال وان كانت ممن لا تحيض لصغر او اياس اعتدت
ثلثة اشهر لقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسايكم

ان ارتبتم فعدتهن ثلثه اشهر واللاي لم يحضن وقوله تعالى
ان ارتبتم اي ان شككتم فلو بلغت المراه عشرين سنه ولم تحض
اعتدت بالاشهر لعموم الايه فلو كان الطلاق في اثنا الشهر
اعتدت شهرين بالاهله وشهرا بالعدد وقيل يكمل ثلثه اشهر
بالعدد وليس بشي قال وان انقطع دمها لغير عارض اي
لغير عارض معروف وهي ممن تحيض ففيه قولان احدهما
تقعد الى الاياس ثم تعتد بالشهور وهو الجديد لانها مطلقه
ترجوا عود الدم اليها فلم تعتد بالاشهر كما لو انقطع الدم لعارض
معروف كالمرض والرضاع وفي الاياس قولان احدهما
اياس اقاربها لانها اقرب اليهن فعلى هذا باي الاقارب تعتبر
فيه وجهان احدهما بالعصبات والثاني بالاقارب من جهة الام
وقيل تعتبر بنسا بلدها فان قلنا يعتبر بالاقارب فاختلفت عاداتهن
اعتبرنا باقل عاده امراه من اهل نسبها وقيل باكثرهم عاده
وقيل باقصى امراه في الدنيا عاده قال والثاني اياس جميع النسا
لانه لا يتحقق الاياس فيما دون ذلك واعلم انه لا نص للشافعي
في مده اياس جميع النسا لانه لا يتحقق الاياس فيما دون ذلك
واعلم انه لا نص للشافعي في مده اياس جميع النسا وقال في المهذب
هو اثنان وستون سنه وقال ابن القاص والشيخ ابو حامد ستون
سنه وقال ثابت بن قره الحراني في كتاب الذخيره في الطب اقل
سن الاياس وانقطاع الحيض خمسه وثلثون سنه واكثره ستون
سنه والعربيه تحيض بعد خمسين سنه ولا تحيض بعد ستين سنه الا
القرشيه وقال بعض اصحابنا ينظر الى اخر مده حصل فيها
الاياس لامراه في دهرها فيحكم به قال والقول الثاني اي في اصل

المسئله انها تقعد الى ان تعلم براءة الرحم ثم تعتد بالشهور لان
العده تراد لبراءة الرحم فاعتبر ما يوصل اليه ثم تعتد بالشهور
للتعبد وفي قدر ذلك اي قدر ما تقعده قبل الاعتداد بالشهور
قولان احدهما تسعه اشهر لانها مده الحمل في العاده فتحصل
براءة الرحم ظاهرا والثاني اربع سنين لتحصل براءة الرحم
قطعا اذ هو الاحتياط وانما اعتدت بعد ذلك بالشهور لانه روي
عن عمر رضي الله عنه ولان تربصها فيما تقدم ليس بعده وانما
اعتبر ليعلم انها ليست من ذوات الاقرا فاذا علم اعتدت بعده
الايسات ولو عاودها الدم قبل انقضا مده التربص او العده
اعتدت بالاقرا وان كان بعد الاعتداد وقبل التزوج لزمها
الاعتداد بالاقرا على احد الوجهين وان كان بعد التزوج لم يلزمها
وقيل يلزمها وان راته بعد سن الاياس فعلى ما ذكرنا ولو ولدت
المراه فلم تر حيضا قبله ولا نفاسا بعده ثم طلقت فقد قيل تعتد
بالشهور وقيل على قولين كالتي تباعد حيضها من ذوات الاقرا
قال وان اعتدت الصغيره بالشهور فحاضت في اثنايها انتقلت
الى الاطهار بالاجماع وتحتسب بما مضى طهرا وقيل لا تحتسب وهو
ظاهر نصه في الجديد لانها لا تسمى من ذوات الاقرا الا اذا
رات الدم والاول اصح لانه طهر بعده حيض فاحتسب طهرا كما لو
كان قبله حيض **فصل** وان كانت امه فان كانت
حاملا فعدتها ما تحمل لعموم الايه وان كانت من ذوات الاقرا
اعتدت بقرئين لان القياس يقتضي ان تكون على النصف من الحره
بدليل الحد والقسم الا ان القرء لا يتبعض فكملناه وان كانت
من ذوات الشهور ففيها ثلثه اقوال احدها ثلثه اشهر لان البراءه

لا تحصل بدون ذلك اذ يبقى الحمل اربعين يوما نطفة ثم اربعين
يوما علقة ثم اربعين يوما مضغة ثم يتحرك ويعلو اجوف المراة
فيظهر الحمل فلم ينقص العدة الا بتلك المدة والثاني شهران لانه لا
عن قرين والثالث شهر ونصف عملا بالقياس في محل امكانه
وان اعتقت في اثناء العدة فان كانت رجعية اتمت عدة حرة لان
الاعتبار في العدة بالانتهاء بدليل ما لو رات الدم في اثناء الاعتداد
بالاشهر وفي المسالة قول اخر انها تتم عدة امة لانه عدد محصور
يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد وان كانت
بائنة ففيه قولان احدهما تعتد عدة حرة لما سبق والثاني
تعتد عدة امة كما لو مات عنها زوجها وهي بائن فاذا جمعت
المسالتان كان فيهما ثلثة اقوال والصحيح في المسالتين ان الاعتبار
بالانتهاء قال ومن وطيت بشبهة وجبت عليها عدة المطلقة
لان الوطي بالشبهة كالوطي في النكاح والنسب فكان مثله في
ايجاب العدة ومن مات عنها زوجها وهي حامل اعتدت بالحمل
لقوله عليه السلام لامراة وضعت لنصف شهر بعد وفاة
زوجها حللت فانكحي من شئت وان كانت حائلا او حاملا بحمل
لا يجوز ان يكون منه اعتدت باربعة اشهر وعشرا اما الحائل
فلقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر ولا فرق بين ان تكون صغيرة او كبيرة او مدخولا
بها او غير مدخول بها لعموم الاية واما الحامل بحمل لا يجوز
ان يكون منه كزوجة الصغير فلان الحمل ليس منه فلا يعتد به منه
ثم ننظر فان كان من زنا اعتدت عن الزوج بالشهور من حين
موته لان الحمل عن الزنا لا حكم له وان كان لاحقا بشخص بوطي

شبهة اعتدت بوضعه عمن لحقه ثم اعتدت بعد وضعه عن
الزوج بالشهور قال وان كانت امة اعتدت بشهرين
وخمس ليال لانها على النصف من الحرة وان طلق امراته طلقة
رجعية ثم توفي عنها انتقلت الى عدة الوفاة لان سبب عدة الوفاة
قد وجد وهو بينونتها بموت الزوج وانقطعت عدة الطلاق
لانه لا يجوز ان يكون معتدة من واحد عدتين وقدمت عدة الوفاة
لانها اكد ولهذا لا تتوقف على الدخول وان طلق احدى امراتيه
بعد الدخول ومات قبل ان يبين وجب على كل واحدة منهما اطول
العدتين من الاقرا والاشهر واعلم ان هذا انما يصح عند اجتماع
امرين احدهما ان يكون الطلاق بائنا فانه لو كان رجعيا انتقلت
الى عدة الوفاة على ما حققناه والثاني ان يكونا من ذوات الاقرا
لانهما لو كانتا حاملين لكانت عدتهما بوضع الحمل ولو كانتا
من ذوات الاشهر لاعتدتا باربعة اشهر وعشر اما اذا اجتمعا
اعتبر اطول العدتين كما ذكرنا ليسقط الفرض بيقين ويعتبر
ابتدا الاقرا من حين الطلاق ان قلنا ان الطلاق يقع من حين
التطليق ومن حين الموت ان قلنا يقع الطلاق من حين التعيين
وقال الشيخ ابو حامد ان قلنا يقع من حين البيان اعتدت كل
واحدة منهما بعد الوفاة لان الطلاق لم يقع الا بعد الموقع وهو البيان
فلو كان الطلاق قبل الدخول بهما اعتدتا باربعة اشهر وعشر
ولو كان قبل الدخول باحداهما وبعد الدخول بالاخرى اعتدت
غير المدخول بها باربعة اشهر وعشر واما المدخول بها فحكمها
على ما سبق بيانه **فصل** ومن فقد زوجها او انقطع
عنها خبره مثل ان غاب وعادت رفقته ولم يعرفوا حاله او كان في

في حرب الكفار وانقضت الحرب ولم يعرفوا خبره او غاب ومضت
مده يعرف فيها في مجاري العادات خبر من سافر هذا السفر
ولم يعرفوا خبره ففيها قولان احدهما انها تكون على الزوجيه
الى ان يتحقق الموت اي او الطلاق وهو الاصح لانه اذا لم يجز الحكم
بموته في قسمه ماله لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته فعلى هذا
لو تربصت واعتدت وحكم الحاكم بالفرقه لم ينفذ حكمه في اصح الوجهين
لمخالفته لما ذكرنا من القياس الجلي ولو عاد الزوج الاول سلمت
اليه وان بان انه كان قد مات فهل نحكم بصحه النكاح الثاني فيه
وجهان والثاني وهو القديم انها تصبر اربع سنين ثم تعتد عده
الوفاه اتباعا لعمر رضي الله عنه ثم تحل للازواج في الظاهر
وهل تحل في الباطن فيه قولان احدهما لا فعلى هذا لو عاد
الزوج الاول ردت اليه كذلك فعل عمر رضي الله عنه والثاني بلى
لانه مختلف فيه فاذا ادى اجتهاد الحاكم اليه نفذ ظاهرا
وباطنا كالفسخ بالعنه والاعسار وكان الشافعي رضي الله عنه
اخذ باصل مذهب عمر رضي الله عنه وخالفه في التفاصيل لبعد
مذهبه فيها عن القياس فعلى هذا لو عاد الزوج الاول لم تسلم
اليه وتعتبر ابتدا المده من حين امرها الحاكم بالتربص او من حين
انقطاع خبره فيه وجهان وهل يفتقر بعد انقضا العده الى
حكم الحاكم فيه وجهان وهذان القولان في كل مفقود او في
مفقود تعذرت نفقته على زوجته فيه طريقان

البزفه ح

فصل

ويجب الاحداد في عده الوفاه لقوله عليه السلام لا يحل لامراه
تومن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلث ليال الا على زوج اربعه اشهر
وعشرا قال ولا يجب في عده الرجعيه والموطوه بالشبهه

اما الرجعيه فلانها باقيه على الزوجيه والموطوه بالشبهه
فلانها غير معتده عن نكاح وكذلك ام الولد اذا مات سيدها وفي
عده الباين قولان اصحهما وهو الجديد انه لا يجب فيها الاحداد
لانها معتده عن طلاق فاشبهت الرجعيه فعلى هذا استحبابها
الاحداد وان لم يستحب للرجعيه على احد الوجهين والثاني تجب
لانها معتده باين فاشبه المتوفى عنها زوجها والتي انفسخ نكاحها
قيل هي كالباين وقيل لا يجب عليها الاحداد قولا واحدا
قال والاحداد ان تترك الزينه واعلم انه ماخوذ وهو
المنع وفي الشرع عباره عن ترك الزينه وما يدعوا الى المباشره
وان لم يكن زينه كالطيب قال ولا تلبس الحلي اي سوا كان من
ذهب او فضه لقوله عليه السلام للمتوفى عنها زوجها لا تلبس
المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل
واراد بالممشق المصبوغ بالمشق وهو المغره وقال الغزالي
يجوز لها ان تلبس الحلي الذي يحل للرجال قال ولا تتطيب اي الا في
حاله تطهرها من الحيض لان ام عطيه روت ذلك قال ولا
تختضب بالحنا واعلم انه لا فرق في ذلك بين الحنا والزعفران
والورس في جميع بدنها ولا ترجل الشعر اي بالدهن لانه زينه واما
الغسل بالسدر قال النبي صلى الله عليه لام سلمه امتشطي قالت
باي شي قال بالسدر وقال الغزالي واما تصفيف الشعر وتجعيده
بغير الدهن فيه تردد قال ولا تكتحل بالاثمد والصبر قلت والاثمد
هو الكحل الاصفهاني فان احتاجت اليه اكتحلت بالليل وغسلته بالنهار
روته ام سلمه اما الكحل الابيض كالتوتيا فلا يمنع منه وقال
الماسرجسي ان كانت المراه سودا فلها ان تكتحل بالاثمد وقال بعض

الخراسانيين ان كانت من نسا العرب فلها ذلك وان كانت من نسا العجم فلا قال في الحاوي ويجب عليها لبس السواد في احد الوجهين وليس لها ان تاكل طعاما فيه طيب ولا ان تتطيب بالليل دون النهار بخلاف ما اذا ارادت ان تلبس الحلي بالليل دون النهار فانه يجوز والفرق ان الطيب يحرك ريحه شهوتها قال ولا تلبس الاحمر ولا الازرق الصافي ولا الاخضر الصافي ولا الاصفر المجبر لان فيه زينه وقيل ما صبغ غزله ثم نسج يجوز لها لبسه ويجوز لها لبس الثياب التي لم يدخل عليها الزينه وان كانت فيه زينه من الاصل كالدبيقي وما يتخذ من الخز والقز ولا تلبس المطرز ان كان الطراز كبيرا وان كان صغيرا لم يحرم ايضا على احد الوجهين ولا فرق في وجوب الاحداد بين المسلمه والذميه والكبيره والصغيره والحره والامه

فصل في لا يجوز للمبتوته ولا للمتوفى عنها زوجها ان تخرج من المنزل لغير حاجه لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشه مبينه قال ابن عباس رضي الله عنه الفاحشه المبينه ان تبذو على اهل زوجها وقال عليه السلام لفريعه بنت مالك اعتدي في البيت الذي اتاك فيه وفاة زوجك الى ان يبلغ الكتاب اجله اربعه اشهر وعشرا فان قيل اذا قلنا لا تجب السكنى للمتوفى عنها زوجها فكيف يجب عليها ملازمه مسكن الزوج قال في الذخاير لا يجب ملازمه المسكن على ذلك القول بغير التزام الوارث اجره المسكن وجب عليها ملازمه المسكن اما مسكن النكاح او غيره مما يعينونه واطلق اكثر الاصحاب الجواب هكذا ومن اصحابنا من قال ينظر فان كان ذلك بعد التسليم فللوارث ان يلزمها ذلك وان كان قبل التسليم

فليس للوارث ان يلزمها ذلك ولها ان تسكن حيث شات سكنى العده فلو لم يلزمها الوارث فهل للسلطان ان يلزمها ذلك فيه وجهان قال وان ارادت الخروج لحاجه كشرا القطن وبيع الغزل لم يجز ذلك بالليل لانه مظنه الفساد ويجوز للمتوفى عنها زوجها الخروج لقضا الحاجه في النهار دفعا لحاجتها وفي المطلقه البائن قولان اصحهما انه يجوز كالمتوفى عنها زوجها والثاني لا يجوز وهو القديم لعموم الايه قال وان وجب عليها حق يختص بها اي كالحدود ودعوى يتكلم فيها وهي برزه لها عاده بان تلقى الرجال في حوائجها خرجت فاذا وفت اي ما عليها من الحق رجعت وان اما لو كانت مخدره فانها لا تخرج وسياتي ايضاح ذلك في الدعاوي ان شا الله تعالى ويجب العده في المسكن الذي وجبت فيه العده اي اذا كان مسكنا يليق بها مستحقا للزوج بملك او اجاره او عاريه لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن واعلم ان هذا يختص بالبائن والمتوفى عنها زوجها اما الرجعيه فانها يسكنها الزوج حيث شا ولا تخرج الا باذنه لانها زوجته قال فان وجبت وهي في مسكن لها وجبت لها الاجره لان مسكنها في العده عليه وهل يجب عليها ان تعتد فيه قال في المهذب قال ابن الصباغ يجوز ولا يجب حتى لو طلبت ان يسكنها غيره وجب عليه ذلك قال وان وجبت وهي في مسكن للزوج لم يجز ان يسكن معها لقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامراه فان ثالثهما الشيطان قال الا ان يكون في دارها دور ثم محرم لها او له ولها موضع تنفرد به لان في ذلك يحصل الامن من الفساد لكنه مكروه وهل يشترط ان يكون المحرم بالغا فيه وجهان

ولو كان معها امراه ثقه فهل يكون كما لو كان معها محرم لها فيه
وجهان قال ـــــ ولا يجوز نقلها من المسكن الذي وجبت فيه العده
الا لضروره اي كاشراف الدار على الانهدام او بذاه على احمايها اي
اباوها اهل زوجها بلسانها للايه قال ـــــ فتنقل الى اقرب
المواضع اليه لانها اقرب الى موضع الوجوب كما قلنا في الزكاه اذا وجبت
في موضع وعدم اهل السهم نقل الى اقرب المواضع اليه ولو بذا عليها
احماوها لم تنقل هي بل ينقلون هم عنها وان امرها بالانتقال الى موضع
اخر فانتقلت اي خرجت بنيه الانتقال ثم طلقها قبل ان تصير الى الثاني
فقد قيل تمضي وهو الصحيح لانها مامورة بالمقام في الثاني وممنوعه
عن الاول وقيل هي بالخيار بين المضي وبين العود لان الاول خرج
عن ان يكون مسكنها بالخروج منه والثاني لا تصير مسكنا لها
فتخيرت بينهما وان اذن لها في السفر فخرجت ثم وجبت العده
قبل ان تفارق البلد فقد قيل عليها ان تعود لانها لم تثبت لها
حكم السفر وقيل لها ان تمضي ولها ان تعود وهو ظاهر النص
لان مزايلتها المنزل باذن الزوج اسقط عنها وجوب الاقامه فيه
وان فارقت البلد ثم وجبت العده فلها ان تمضي في السفر ولها ان
تعود لان في قطعها عن السفر مشقه لا سيما اذا ابعدت عن البلد
وخافت الانقطاع عن الرفقه واعلم ان هذا في السفر للحاجه
اما السفر للنقله فعلى الوجهين فيمن طلقت وهي بين الدارين قال
وان وصلت الى المقصد ثم وجبت العده فان كان السفر لقضا حاجه
لم تقم بعد قضايها لعدم الاذن ولها ان تقيم الى قضا الحاجه وان
زاد على ثلثه ايام وان كان سفر نقله لزمها الاعتداد في الموضع
المنتقل اليه وان كان لتنزه او زياره لم تقم اكثر من ثلثه ايام

لانه لم ياذن لها في الاقامه على الدوام فلا تزيد على مده المسافره
والثاني تقيم المده التي اذن لها فيها وهو الاصح لتحقق الاذن فان
قضت الحاجه في المسله الاولى اي فيما لو كان السفر لقضا
حاجه او انقضت المده في المسله الثانيه اي فيما لو كان السفر
لتنزه او زياره وبقي من المده ما يعلم انه ينقضي قبل ان تعود الى
البلد وقيل يلزمها فهو الاصح لانه اقرب الى الموضع الذي وجبت
فيه فان اذن لها في الخروج الى منزل او بلد لحاجه ثم اختلفا فقالت
نقلتني الى الثاني ففيه اعتد وقال ما نقلتك فالقول قول
الزوج لانه اعلم بقصده اللهم الا ان يقول اقيمي به اذ ظاهر
لفظ الاقامه يشعر بالاقامه ابدا وقيل القول قولها مطلقا
وان مات الزوج واختلفت هي والورثه في ذلك فالقول قولها
لانها اعرف بمقصود الزوج لانها سمعت الاذن دونهم لان ظاهر
الاذن يقتضي خروجا من غير عود وان احرمت باذنه ثم
طلقها فان كان الوقت ضيقا مضت في الحج لانه لا يمكن الجمع
بينهما والحج اسبق فقدم وان كان واسعا اتمت العده اي ثم
تشرع في الحج لانه امكن الجمع بينهما فلم يجز اسقاط احدهما
وان وجبت العده ثم احرمت اتمت العده بكل حال لان العده
اسبق فقدمت فلو اتمتها وفاتها الحج وقد احرمت به تحللت
بعمره وقضته من قابل **فصل** وان تزوجت
في العده ووطيها الزوج اي الثاني وهي حايل انقطعت العده لانها
صارت فراشا للثاني فاذا فرق بينهما اتمت العده من الاول ثم
استقبلت العده من الثاني لانهما عدتان من جنس واحد فقدمت
السابقه منهما ولا تتداخلان لانهما حقان مقصودان لادميين

فلا يتداخلان كالدينين وابتداء الإتمام من حين التفريق على أصح الوجهين
ومن آخر وطء إن وطئها الزوج الثاني في الثاني واعلم أن الحكم على
ما ذكره بشرط أن يكون الزوج جاهلا بعدتها أو جاهلا بتحريم
المعتدة بأن كان حديث العهد بالإسلام أو كان قد نشأ في بادية بعيدة
لتحقق الشبهة أما لو كان عالما بعدتها أو بتحريم نكاحها فإن الوطء
يكون زنا ولا تنقطع به عدة الأول ولا يكون موجبا للعدة قال
وإن كانت حاملا أي من الأول بأن أتت بولد لدون ستة أشهر من وطء
الثاني ودون أربع سنين من وقت الطلاق لم تنقطع العدة لأنه لا
يجوز أن يكون الحمل من الثاني فإذا وضعت استقبلت العدة من الثاني
بالأقراء بعد الطهر من النفاس وقال في القديم تحرم على
الثاني على التأبيد تقليدا لعمر رضي الله عنه ويجري في كل وطء بشبهة
أفسد الفراش وأنكر البصريون هذا القول وقالوا إنما حكاه عن
مالك وإن وطئها الثاني وظهر بها حمل يمكن أن يكون من كل واحد
منهما أي بأن أتت به لستة أشهر فما زاد من وطء الثاني ولستة
أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وقت الطلاق اعتدت به عمن
يلحقه ثم تستقبل العدة من الآخر فإن ألحقته القافة بهما أو نفته
عنهما أو أشكل عليها أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد الوضع
بثلاثة أقراء لتخرج عن العهدة بيقين وإن ظهر الحمل يمكن أن يكون من
الثاني دون الأول بأن أتت به لستة أشهر فما زاد من وطء الثاني ولأكثر
من أربع سنين من وقت الطلاق فإنه يلحق بالثاني إن كان الطلاق
بائنا وكذا لو كان رجعيا على أصح القولين وتنقضي عدتها منه به ثم
تتم عدة الأول وإنما قدمنا عدة الثاني لأن الحمل من الثاني فلا تعتد
به عن الأول وإن ظهر حمل لا يمكن أن يكون من واحد منهما بأن أتت

به لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من طلاق
الأول ففيها هنا وجهان أشهرهما أنها لا تعتد به عن واحد منهما لأنه
غير لاحق بهما فعلى هذا إذا وضعته أتمت عدة الأول ثم استقبلت
العدة من الثاني والوجه الثاني أنها تعتد به عن أحدهما لا بعينه وتعتد
بعده بثلاثة أقراء لأنه لو أقر به أحدهما لحقه فانقضت به العدة كالمنفي
باللعان وكما لو علق طلاقها على الولادة فأتت بتوأمين
بينهما ستة أشهر فإن الثاني منتف عنه وتنقضي به العدة وفي هذه
أيضا وجه قال وإن وطئها الزوج في العدة بشبهة استأنفت
العدة أي إن كانت بالأشهر أو الأقراء واعلم أنه لا معنى لتقييده
بشبهة لأنه وطء في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة قال
ودخلت فيها البقية لأنهما من واحد وعليه النفقة إلى انقضاء العدة
وله الرجعة فيما بقي من العدة الأولى لأنها من عدة الطلاق الرجعي
وحكى الخراسانيون وجهين ضعيفين أحدهما أنها لا تستأنف
العدة بل تعتد عن وطء الشبهة بما بقي من العدة والثاني أنه تسقط
بقية العدة الأولى وتستأنف العدة لوطء الشبهة قال فإن
حبلت من الوطء الثاني فقد قيل تدخل فيها البقية لأنهما من واحد
وله الرجعة إلى أن تضع لأنها في عدة الطلاق الرجعي إذ الحمل
لا يتبعض وقيل لا تتداخل لأنهما جنسان فلا يتداخلان كما لو زنى
وهو بكر ثم زنى وهو ثيب فعلى هذا تعتد بالحمل عن الوطء فإذا
وضعت أكملت عدة الطلاق بالأقراء وله الرجعة في الأقراء لأنها من
عدة الطلاق وهل له الرجعة في الحمل قيل له الرجعة لأنه زمان
لم تكمل فيه عدة الطلاق بالأقراء وقيل ليس له لأنها في عدة
وطء الشبهة وكذا الخلاف في النفقة وقيل يجب قولا واحدا فلو كانت

ترى الدم على الحمل وقلنا انه حيض كانت عدتها من الوطي بالحمل ومن
الطلاق بالاقرا التي على الحمل على احد الوجهين

فصل

واذا راجع المعتده في اثنا العده ثم طلقها قبل الدخول استانفت العده
في اصح القولين لانه طلاق في نكاح وطي فيه فاوجب عده كامله كما
لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعه وتبنى في القول الاخر وهو القديم
كما لو جدد نكاح المختلعه في العده ثم طلقها قبل الدخول ولو طلق
الرجعيه في العده تبنت على اصح الطريقين والطريق الثاني
انها على قولين كما لو كانت الرجعه وان تزوج المختلعه في اثنا العده
صح النكاح خلافا للمزني واحتج بالقياس على غيره وهذا فاسد
لان نكاح غيره يودي الى اختلاط الانساب ولا يوجد ذلك في نكاحه
وانما تزوجها انقطعت العده خلافا لابن سريج قال وان
تزوج المختلعه في اثنا العده ثم طلقها قبل الدخول اي قبل الدخول
بها في النكاح الثاني فقد قيل تبني على العده وقيل فيه قولان احدهما
تبني والثاني تستانف وهذا لم اره في غير هذا الكتاب وانما الذي
رايته في الكتب المشهوره انه ان طلقها قبل الدخول لم تستانف العده
لانها مطلقه في نكاح قبل المسيس ولكن عليها ان تتم ما بقي عليها
من العده الاولى حذرا من اختلاط الانساب وان طلقها بعد الدخول
استانفت العده ويدخل فيها البقيه لان هذا نكاح جديد من الزوج الاول
قال واذا اختلفا في انقضا العده بالاقرا فادعت انقضاها
في زمان يمكن انقضا العده فيه فالقول قولها اي مع يمينها لانه لا
يعلم الا من جهتها فقبل قولها فيه عند امكان صدقها وقال الاصطخري
ان كانت لها عاده لم يقبل قولها الا بعد مضي مده يمكن انقضا العده
فيها على عادتها فليس بشي ولو ادعت انقضا العده بالشهور وانكر

الزوج فالقول قوله لانه اختلاف في وقت الطلاق واقل مده يمكن
ان تعتد فيها الحره بالاقرا اذا طلقت في الطهر اثنان وثلثون يوما
ولحظتان فاللحظه الثانيه تعتبر ليعلم بها تمام العده وعلى روايه
البويطي ثلثه وثلثون يوما ولحظه وان طلقت في الحيض فسبعه
واربعون يوما ولحظتان وعلى روايه البويطي ثمانيه واربعون يوما
ولحظه وان كانت مبتداه فاثنان وثلثون يوما ولحظتان الا اذا قلنا
القرء طهر محتوش بدمين فانه يكون ثمانيه واربعون يوما ولحظه قال
وان اختلفا في اسقاط جنين تنقضي به العده فادعت ما يمكن انقضا
العده به فالقول قولها لما سبق وامكان الولد الكامل الذي يعيش من
سته اشهر من حين الوطي وقد بينا ذلك فيما تقدم وابتدا امكان
الصوره مايه وعشرون يوما وابتدا امكان اللحم ثمانون يوما للخبر
المشهور وفي انقضا العده بالمضغه وجهان قال وان
اختلفا هل طلق قبل الولاده او بعدها اي مع الاتفاق على وقت
الولاده فالقول قوله لانه اعرف بقوله وان اختلفا هل ولدت
قبل الطلاق او بعده اي مع الاتفاق على وقت الطلاق فالقول
قولها لانها اعرف بولادتها وان اختلفا هل انقضت عدتها
بوضع الحمل ام لا فقال الزوج لم تنقض عدتك بوضع الحمل وعليك
ان تعتدي بالاقرا وقالت بل انقضت فالقول قول الزوج وصوره
هذه المسله ان يتفقا على وجود الطلاق والولاده ويختلفان
في وقتهما فالزوجه تدعي تاخر الولاده والزوج يدعي تاخر
الطلاق فالقول قول الزوج لان الاصل ثبوت الرجعه وبقا
العده ولو اعترف كل واحد منهما بالجهل بالسابق فعليها العده ×
بالاقرا وله ان يراجعها والورع ان لا يراجعها هـ م

باب الاستبرا

من ملك امه لم يطاها اي باي سبب كان من بيع او ارث او سبي او غيرها لم يطاها حتى يستبريها صغيره كانت او كبيرا ثيبا او بكرا ملكها من رجل او امراه او صبي لا يجامع مثله فان كانت حاملا استبراها بوضع الحمل وكذا لو كان الحمل من زنا على الصحيح وان كانت حايلا تحيض استبراها بحيضه في اصح القولين لقوله عليه السلام عام اوطاس لا توطي حامل حتى تضع ولا حايل حتى تحيض حيضه وتخالف العده فانها وجبت قضا لحق الزوج واختصت بازمان حقه وهي الاطهار ثم انها تكرر فيحصل بينهما الحيض فيعرف براه الرحم قال ويطهر في القول الاخر الحاقا له بالعده فعلى هذا بعض الطهر يحسب قرو ولا يحل له الا بتمام حيضه كامله اليه فاذا طعنت في الطهر الثاني حلت وان كانت حايضا فاذا طعنت في الحيض الثاني حلت وحكى الخراسانيون وجها اخر انه لا يحتسب ببعض الطهر قروا بل لا بد من طهر اخر كامل اليه وعلى الاول بعض الحيض لا يحتسب قروا بل لا بد من حيضه كامله لظاهر الخبر قال وان كانت ممن لا تحيض استبراها بثلثه اشهر في اصح القولين لان ما دون ذلك لا يحصل به براه الرحم على ما ساه في عده الامه ويشهر في الثاني لان كل شهر في مقابله قرو وان كانت مجوسيه او مرتده لم يصح استبراها حتى تسلم وان كانت مزوجه او معتده لم يصح استبراوها حتى يزول النكاح وتنقضي العده وحكى الغزالي في المسايل الاربع وجها اخر والاول اصح لان الاستبرا يراد للاستباحه وهي لا توجد في هذه الاحوال قال وان ملكها بمعاوضه وكذا لو ملكها بوصيه لم يصح استبراوها حتى يقبضها لان الملك فيها قبل القبض غير مستقر لانه معرض للفسخ وفيه وجه اخر قال في الحاوي وهو الاصح عندي كما لو ملكها بالارث فانه يصح قبل القبض ولو ملكها بهبه لم يصح قبل القبض قال وان ملكها وهي زوجته حلت من غير استبرا لان الاستبرا يراد لبراه الرحم من غيره والاولى ان لا يطاها حتى يستبريها ليتميز الحر من ولده عن الرقيق الذي يعتق عليه ويثبت عليه الولا وقيل لا يجب لهذا المعنى ومن كانت امته ثم رجعت اليه بالفسخ لم يطاها حتى يستبريها لانه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد ثم عاد بالفسخ فاشبه ما لو باعها ثم اشتراها ويخالف ما لو انفك الرهن عنها وان ارتد السيد او ارتدت الامه ثم عاد اي المرتد منهما الى الاسلام لم يطاها حتى يستبريها لانه زال ملكه عنها بالرده وعاد بالاسلام وقيل ان الامه اذا عادت الى الاسلام لم يجب استبراها فان زوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول لم يطاها حتى يستبريها وقيل ان طلقها قبل المسيس لم يجب الاستبرا والمذهب الاول لانه زال ملكه عن الاستمتاع بها بالتزويج وعادت بالطلاق فان طلقت بعد الدخول فاعتدت من الزوج فقد قيل يدخل الاستبرا في العده لحصول المقصود وهو براه الرحم وقيل لا يدخل بل يلزمه ان يستبريها لتجدد ملك الاستمتاع عليها

فصل

ومن لا يحل وطيها قبل الاستبرا لا يحل التلذذ بها قبل الاستبرا لاحتمال ان يكون ام ولد لمن ملكها من جهته الا المسبيه فانه يحل التلذذ بها في غير الجماع لان ابن عمر رضي الله عنه قبل الجاريه التي خرجت في سهمه في حرب جلولا والناس ينظرون اليه وقيل لا يحل كما لو ملكها ممن له حرمه والاول اظهر لان التلذذ هنا يكون في ملكه قطعا حاملا كانت او حايلا بخلاف تلك المسله

ولو وطيت امراه بشبهه فاعتدت فهل له ان يتلذذ بها في مده العده
فيه وجهان قال ـــــ ويحل بيع الامه قبل الاستبرا اي وان
كان قد وطيها لان الاستبرا لا يجب الا على المتملك لتحصل به
براه الرحم ولا حاجه الى استبرا البايع واما تزويجها فينظر فان
كان قد وطيها المالك او من ملكها من جهته لم يجز تزويجها قبل الاستبرا
لانها صارت فراشا بالوطي فتستبرا وان لم يكن قد وطيها جاز لانها
لم تصر فراشا وان اعتق ام ولده في حياته او مات عنها لزمها الاستبرا
لانها صارت فراشا فان اعتقها او مات عنها وهي مزوجه او معتده
لم يلزمها الاستبرا وفيه قول انه يلزمه الاستبرا والمذهب
الاول لانها ليست فراشا للسيد فلا يلزمها الاستبرا منه كالاجنبي
قال ـــــ فان مات السيد والزوج احدهما قبل الاخر ولم يعلم
السابق منهما فان كان بين موتهما شهران وخمس ليال فما دون
ذلك لم يلزمها الاستبرا لانه لا يكون عند موت السيد مزوجه او معتده
من زوج ولا استبرا واحده من هاتين الحالتين ويلزمها ان
تعتد عده الحراير وهي اربعه اشهر وعشر لجواز ان يكون السيد
قد مات والا فيكون حره عند موت الزوج قال ـــــ وان كان اكثر
لزمها الاكثر من عده الوفاه وهي اربعه اشهر وعشر والاستبرا
وفي بعض النسخ او الاستبرا والكل صحيح قال ـــــ تعتبر من موت
الثاني منهما اي تعتبر اكثر الامرين من موت اخرهما موتا فكانه
قال فان كانت المده التي بين موتهما اكثر من شهرين وخمس ليال
لزمها ان تعتد من موت اخرهما موتا باكثر الامرين من عده الوفاه للحراير
وهو اربعه اشهر وعشرا والاستبرا وهو حيضه على الصحيح
وانما كان كذلك لانه ان مات السيد اولا فقد مات السيد وهي ام

ولد وليست مزوجه ولا معتده من زوج فيلزمها الاستبرا لانها
عادت فراشا على المذهب الصحيح فاوجبنا الاكثر لتحل بيقين
ولا فرق بين ان تاتي بالحيضه في اول الشهرين وفي اخره وقال بعض
الاصحاب يشترط ان تاتي بالحيضه بعد شهرين وخمس ليال
كيلا تجتمع الاستبرا وعده الزوج والمذهب الاول لان الاستبرا
انما يجب ان لو مات المولى بعد الزوج وبعد انقضا عدته فلا يتصور
الاجتماع هذا كله اذا علمنا ان احدهما مات قبل الاخر وعلمنا
قدر ما بين المدتين اما لو لم نعلم ذلك ايضا اخذنا بالاحوط وهو
ان يكون بين موتهما اكثر من شهرين وخمس ليال وقد بينا حكمه
ولو علمنا انهما ماتا معا لم يلزمها الاستبرا ويلزمها ان تعتد عده
الوفاه. واصح الوجهين انها تعتد عده الاما لا عده الحراير قال
ولا ترث من الزوج شيا لان الاصل بقا الرق فلا نورث بالشك
وان اشترك اثنان في وطي امه لزمها عن كل واحد منهما استبرا
وهذا اذا كانت مملوكه لهما او وطياها بشبهه ومن اصحابنا من
قال يكفيها استبرا واحد لان المقصود براه الرحم وذلك يحصل
بالاستبرا الواحد والمذهب الاول لان الاستبرا يجب لحقهما
فلا تتداخل كالعدتين واذا اشترى امه فظهر بها حمل فقال
البايع هو مني فصدقه المشتري لحقه وكانت الجاريه ام ولد له
والبيع باطل وان كذبه المشتري فان لم يكن اقر بالوطي حال البيع
لم يقبل قوله وهل يلحقه نسب الولد فيه قولان وان كان قد اقر
بوطيها حال البيع فان كان استبراها قبل البيع فان اتت بولد لدون
سته اشهر لحقه وكانت الجاريه ام ولد له والبيع باطل وان ولدته
لسته اشهر فصاعدا لم يلحقه ثم ينظر فان لم يكن للمشتري قد وطيها

فالولد والجاريه مملوكان له فان كان قد وطيها فان اتت بولد لدون
سنه اشهر من حين الوطي فهو كما لو لم يطاها وان اتت به لسته
اشهر فما زاد لحقه الولد وصارت الجاريه ام ولد له وان لم يكن
استبراها البايع نظرت فان اتت بولد لدون سته اشهر من وقت
البيع لحق البايع وكان البيع باطلا فان ولدت لسته اشهر فان لم يكن
قد وطيها المشتري فهو كالقسم قبله وان وطيها فان اتت به
لسته اشهر من وطيه عرض على القافه ٥

باب الرضاع

اذا ثار للمراه لبن على ولد فارتضع منها صبي له دون الحولين خمس
رضعات متفرقات صار ولدا لها واولاده اولادها وصارت المراه
اما له وامها تها جداته واباوها اجداده واولادها اخوته واخواته
واخوتها واخواتها اخواله وخالاته وان كان الحمل ثابت
النسب من رجل صار الطفل ولدا له واولاده اولاده وصار الرجل
ابا له وامهاته جداته واباوه اجداده واولاده اخوته واخوته
واخواته اعمامه وعماته والاصل في تحريم الرضاع قوله تعالى
وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعه وقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وانما قيد بالارتضاع في الحولين
لانه لو ارتضع وله اكثر من حولين لا يثبت التحريم لقوله عليه السلام
لا رضاع الا ما كان في الحولين ويعتبر ابتدا الحولين عند خروج
بعض الولد لا عند خروج جميعه هكذا حكاه الصيمري وانما
قيد بخمس رضعات لان التحريم لا يثبت بما دونها خلافا لابي ثور فانه
قال يثبت التحريم بثلث رضعات لنا ما روت عايشه رضي الله عنها
قالت كان فيما انزل الله من القران عشر رضعات معلومات يحرمن

ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فمات رسول الله صلى الله
عليه وسلم وهن مما يتلى في القران ولعلها ارادت انها تتلى حكما
فانها ليست في القران والحديث مدون في الصحاح قال
ويحرم النكاح بينهما بالرضاع كما يحرم بالنسب ويحل لهما الخلوه
والنظر كما يحل بالنسب لانه فرع على التحريم اذا كان بسبب مباح
فاما بقيه احكام النسب من النفقه والعتق ورد الشهاده فلا يتعلق
به لان النسب اقوى منه فلا يلحق الرضاع به الا فيما ورد به النص
فقط ولا يحرم على المرضعه والفحل الا الرضيع ونسله ولا يحرم
عليهما من هو في طبقته كاخيه واخته او اعلى منه كابيه وامه
واعمامه وعماته واخواله وخالاته لان الحرمه في النسب تنتشر
الى اولاده لا الى ابايه وامهاته واخوته واخواته فكذلك في
الرضاع وا[و]لاد ام الرضيعه من النسب لا يحرمون على امهات
الرضيع لانهم اخوه اخيهم وليسوا باخوه لهم ومثل هذا يسوغ
في النسب

فصل

وان ارتضع ثم قطع باختياره
من غير عارض كان ذلك رضعه لان الشرع ورد بذلك مطلقا فحمل
على العرف والعرف ما ذكرناه والقطع للعارض كالقطع للتنفس
او لاستراحه يسيره او لشي يلهيه وان قطعت المراه عليه لم تعتد
بذلك رضعه لان الاعتبار بفعله ولهذا لو ارتضع منها وهي
نايمه حسبت رضعه واذا قطعت عليه لم يعتد به كما لو حلف لا اكل
اليوم الا اكله واحده فشرع في الاكل فجا شخص فقطع عليه الاكل
وقيل يعتد به لان الرضاع يصح من كل واحد منهما امامه فلما
تقدم وامامها فدليل ما لو اوجرته وهو نايم فوجب ان يحسب بقطعها
كما يحسب بقطعه وان ارتضع من ثدي امراه ثم انتقل الى ثدي امراه

اخرى فقد قيل لا يعتد بواحده منهما لانه انتقل من احداهما الى الاخرى قبل تمام الرضعه بدليل انه لو انتقل من يدي المراه الى ثديها الاخر فانه يحسب الكل رضعه واحده وقيل يحسب من كل واحده منهما رضعه لانه ارتضع وقطع باختياره في شخصين وان اوجر من لبنها خمس دفعات ثبت التحريم لانه يحصل به انبات اللحم وانشار العظم وقد قال عليه السلام الرضاع ما انبت اللحم وانشز العظم وان اسعط خمس دفعات ثبت التحريم لانه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالفم وان حقن فيه قولان احدهما يثبت التحريم لما ذكرناه في السعوط والثاني لا وهو الاصح لانه لا يحصل به التغذي وذلك المقصود في الرضاع للخبر وحكى بعض الخراسانيين طرد القولين في السعوط وهو ضعيف لان الدماغ له منافذ الى المعده ولا يصل شي الى الدماغ الا انحدر منه الى المعده فيحصل به التغذي بخلاف الحقنه وان حلبت لبنا كثيرا في دفعه وفرق في خمسه اواني واوجر الصبي في خمس دفعات ففيه قولان احدهما انه رضعه وهو الصحيح لان الوجود في الرضاع تنزل العدد لا يحصل في الرضاع الا فيما ينفصل خمس مرات فكذلك في الوجور والثاني انه خمس رضعات حكاه الربيع لان الرضعات كالاكلات ولو حلف لا ياكل خمس اكلات فاكل من طعام واحد خمس مرات في اوقات متفرقه حنث فكذا هاهنا وقيل رضعه واحده قولا واحدا وما حكاه الربيع فهو من تخريجه فان حلبت خمس دفعات وخلطت واوجر الصبي في دفعه واحده فهو رضعه لانه لم يحصل اللبن في جوفه الا دفعه واحده بخلاف المسله قبلها فانه حصل خمس دفعات وقيل فيه قولان الحاقا للعدد لزا نقصانا واو لا تعدد الانفصالات

اخرا وان حلبت خمس دفعات وخلط وفرق في خمس اواني واوجر خمس دفعات فهو خمس رضعات لانه تفرق في الحلب والسقي وقيل على قولين لان المعول على الذي حصل من جهة المرضعه وقد بطل بالخلط وان جبن اللبن وجعل في خبز او ما اشبه ولم يستهلك منه واطعم حرم لحصول التغذي به وقيل يعتبر ان يكون الماء غالبا على المختلط وهو ضعيف وان وقعت قطره في حب ما فاسقي الصبي بعضه لم يحرم لان اللبن صار مستهلكا فيه وقال الخراسانيون اذا لم يعتبر ان يكون اللبن غالبا للمختلط به فانه يحرم لتحقق وصول اللبن الى الجوف اذ اللبن ينتشر في الماء وان شرب وتقيا قبل ان يحصل في جوفه لم يحرم للخبر وان ارتضع من ثدي امراه ميته لم يحرم لانه معنى يوجب تحريما موبدا فبطل بالموت كالوطي وان حلب منها في حياتها ثم اسقي الصبي بعد موتها حرم لعموم الخبر وقيل لا يحرم

فصل

فان ثار لها لبن من وطي من غير حمل ففيه قولان احدهما يحرم لان لبن النسا غذا الاطفال والثاني لا يحرم لانه تبع للولد وليس منه فاشبه لبن الرجل وحكى الكرابيسي في لبن الرجل وجها انه يحرم واعلم انه لا يتقيد الخلاف بوجود الوطي بل هو جار في البكر والثيب التي لا زوج لها اذا ثار لها لبن من غير حمل نعم لو ثار لها لبن وهي ممن لا يحتمل ان يكون لها لبن لدون تسع سنين لم يحرم وكان نجسا ولا خلاف انه لا يثبت التحريم بالنسبه الى زوجها قال وان كان لها لبن من زوج فتزوجت باخر وحبلت منه وزاد لبنها وارضعت صبيا ففيه قولان واعلم ان لهذا شرطين احدهما ان يكون زياده اللبن لزمان يحتمل فيه ان يكون للحمل لبن والا فاللبن للاول

قولا واحدا لسلامته عن المعارض وقدر ابن الصباغ اول زمان امكان
نزول اللبن للحمل باربعين يوما وقال الشيخ ابو حامد يرجع
الى القوابل الشرط الثاني ان يكون بلا ارضاع قبل انفصال الحمل
الثاني اذ لو كان بعده كان اللبن للثاني قولا واحدا اما عند
تحقق الشرطين ففيه قولان احدهما انه ابن للاول لان لبن
الاول متيقن والزياده مشكوك فيها اذ يحتمل ان يكون بسبب الحمل
ويحتمل ان يكون بسببا لعدا فلا نزيل اليقين بالشك وهذا هو الجديد
والثاني انه ابنهما لان الظاهر ان الزياده بسبب الحمل فيكون
اللبن لهما فيكون الرضيع ابنهما وان انقطع اللبن من الاول ثم
حبلت من الثاني وزاد اللبن وارضعت صبيا ففيه ثلثه اقوال احدها
انه ابن للاول لان اللبن خلق لغذا الولد دون الحمل والولد للاول
والثاني انه ابن الثاني لان لبن الاول انقطع والظاهر ان حدوث
اللبن كان بسبب الحمل والثالث انه ابنهما لقيام الدليل على كل واحد
منهما من الامرين واعلم انه يعتبر جريان الاقوال ما ذكرنا من الشرطين
وان وطي رجلان امراه اي وطيا يلحق بالنسب فاتت بولد وارضعت
طفلا بلبنه فمن ثبت منه نسب المولود منهما صار الرضيع ولدا له
لان اللبن تابع للولد فان مات المولود قبل ان يثبت نسبه اي بالقافه
ولا باشتباه ولا كان له ولد يقوم مقامه في الانتساب ففي الرضيع
قولان احدهما انه ابنهما لان اللبن قد يكون من الوطي وقد يكون من
الولد والثاني لا يكون ابن واحد منهما لان اللبن تابع للنسب ولا يجوز ان
يكون ابنهما من النسب فكذلك من الرضاع وهل للرضيع ان ينتسب
الى احدهما فيه قولان احدهما ينتسب كما في النسب والثاني لا ينتسب لانه
لا يعرض على القافه فلا ينتسب فان اراد ان يتزوج بنت احدهما

اي على قولنا لا ينتسب فقد قيل لا يحل لان احدهما محرمه فاشبه ما لو
اختلطت اخته من الرضاع باجنبيه وهذا هو الصحيح وقيل يحل ان
يتزوج بنت من شا منهما فاذا تزوج بنت احدهما حرمت عليه بنت الاخر
لان الاصل في كل واحده منهما الاباحه فاذا تزوج باحداهما
تعينت الحرمه في الاخرى كما لو ادى اجتهاده الى طهاره احد الاناس
تعينت النجاسه في الاخر فعلى هذا لحرم على التابيد وقيل يحل
ان يتزوج بنت من شا منهما على الانفراد عملا بالاصل في محل الشك
ولا يجمع بينهما لان الحظر متيقن في الجمع فعلى هذا لو تزوج احداهما
وطلقها فله ان يتزوج الاخرى ولا يتعين الحظر في واحده
فصار هذا كما لو صلى بالاجتهاد الى جهه فان له ان يصلي بالاجتهاد
الى جهه اخرى

فصل

وان كان لرجل خمس امهات
اولاد فارتضع صبي من كل واحده منهن رضعه صار ابنا له في ظاهر
المذهب لانه ارتضع من لبنه خمس رضعات وقيل لا يصير لان
الابوه تابعه للامومه وليس بشي وان كان له امراتان صغيرتان فارضعت
امراه احداهما بعد الاخرى ففيه قولان احدهما ينفسخ نكاحهما
كما لو ارضعتهما في وقت واحد والثاني ينفسخ نكاح الثانيه لان
سبب الفسخ حصل بالثانيه فاختص نكاحها بالبطلان كما لو تزوج
احدى الاختين بعد الاخرى ومن افسد على الزوج نكاح امراته
بالرضاع لزمه نصف مهر مثلها على المنصوص لانه فاته المقومه لنصف
البضع لان الزوج لا يغرم لها الا النصف وانما اوجبنا نصف مهر المثل
دون المسمى لان الاعتبار في المتلف القيمه لا بما ملكه به مالكه
وقيل فيه قول اخر انه يلزمه مهر مثلها لانه اتلف البضع فوجب
عليه جميع قيمته وهذا مخرج مما لو شهد عليه بالطلاق قبل الدخول

ثم رجعا فانهما يغرمان مهر المثل على احد القولين والصحيح الفرق
بينهما اذ الفرقة هاهنا وقعت ظاهرا وباطنا وتلف البضع عليه
وقد رجع اليه بدل النصف فوجب له بدل النصف وثم تنفذ ظاهرا
لا باطنا فلم تتحقق الحيلولة بينه وبين البضع فلزمهما جميع المهر
ومن اصحابنا من اجرى في المسالتين اربعة اقوال اثنان منها ذكرناهما
والثالث يغرمان ما غرمه وهو نصف المسمى والرابع يجب جميع
المسمى وهذا في نهاية الفساد واعلم ان الكلام مفروض فيما لو فسد
النكاح بالرضاع في غير المدخول بها اما لو كان الرضاع يفسد نكاح
زوجة مدخول بها كما لو ارضعت ام زوجته الكبيرة المدخول بها زوجته
الصغيرة فانه يفسد نكاحها وما الذي يغرم لاجل انفساخ نكاح الكبيرة
قال اكثر اصحابنا تغرم له كمال مهر المثل لانها فوتت ملكا متقوما
وقال ابن الحداد لا تغرم شيئا لاجل ذلك لانه استوفى منفعة البضع
فلم يجب له شي كما لو ارتدت ولانه لو اخذ المهر صار في معنى الموهوبة

كتاب النفقات

باب نفقة الزوجات

ويجب على الزوج نفقة زوجته لقصة هند وتعتبر بحاله حتى يجب
عليه لانه المالك ما يجب لانه الحارس لقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وحكى الخراسانيون
قولين آخرين احدهما انه يعتبر بحال المراة والثاني انه يعتبر بالكفاية
والمذهب الاول قال فان كان موسرا لزمه مدان من الحب
المقتات في البلد ونعني بالموسر الذي يقدر على ذلك القدر من النفقة
بماله او كسبه وانما لزمه مدان لان اكثر ما اوجب الله تعالى في
الكفارة للواحد مدين وذلك في كفارة الاذى وانما اعتبرنا بالكفارة

لان الله تعالى اعتبر الكفارة بنفقة الاهل في الجنس فقال تعالى
من اوسط ما تطعمون اهليكم واعتبرنا الحب لانه طعام وجب في
الذمة بالشرع فوجب فيه تمليك الحب كالكفارة وعليه مؤنة الطحن
والخبز قال وان كان معسرا لزمه مد لانه اقل ما يجب للواحد
في الكفارة وهي فدية الجماع في رمضان وان كان عبدا او مكاتبا
لزمه مد كالمعسر وان كان نصفه حرا ونصفه عبدا لزمه مد قال
المزني مد ونصف ونعني بالمعسر الذي لا يقدر على النفقة بتمامها
بمال ولا بكسب وقيل الاعتبار بالمال لا بالقدرة على الكسب وان
كان متوسطا ونعني به الذي لو كلف نفقة الموسر لعاد الى حد المعسر
لزمه مد ونصف لانه تردد بينهما فوجب عليه من نفقة كل واحد
نصفها وقال في التتمة لا حد للغنى والفقر في الشرع بل ضابطه
العرف ويختلف ذلك باختلاف البلدان والازمان قال فان رضيت
باخذ العوض جاز على ظاهر المذهب لانه طعام وجب على وجه الرفق
فجاز اخذ العوض عنه كالقرض وقيل لا يجوز اخذ العوض عنه
كالطعام في الكفارة وكذا الخلاف فيما لو رضيت باخذ الخبز او الدقيق
ويجب الادم بقدر ما يحتاج اليه من ادم البلد قال الاصحاب
ان كان بالشام فالادم الزيت وان كان بخراسان فالادم السمن وان كان
بالعراق فالادم الشيرج ويرجع في القدر الى العرف فان كان له عرف
بان يؤدم على المد اوقية دهن وجب لامراة الموسر كل يوم اوقيتان
ولامراة المعسر اوقية ولامراة المتوسط اوقية ونصف لانه ليس
للادم اصل يرجع اليه في تقديره فرجع الى العرف بخلاف الطعام قال
ومن اللحم على حسب عادة البلد اي في المقدار وبعضها ذلك في كل
جمعة لانه العادة في طبخ اللحم وقال القفال يجب على المعسر

رطل لحم في كل اسبوع وعلى الموسر رطلان كما نص عليه الشافعي
رضي الله عنه قال ويجب لها ما تحتاج اليه من الدهن للراس والسدر
والمشط لان ذلك تحتاج اليه لترتيب شعرها فوجب عليه كنفقة بدنها
وقيل ذلك يراد للزينة فلا يجب عليه قال في المهذب والتهذيب
ويجب عليه اجرة الحمام ان كانت عادتها دخول الحمام وهل يجب عليه
ثمن ماء الاغتسال نظر ان كانت تغتسل من جماع او نفاس وجب على
اصح الوجهين وان كان من احتلام لم يجب وان كان من حيض فوجهان
اصحهما انه لا يجب قال ولا يجب عليه ثمن الطيب لانه
يراد للتلذذ والاستمتاع اصحهما انه لا يجب قال ولا يجب
عليه ثمن الطيب لانه يراد للتلذذ والاستمتاع وذلك حق له اللهم
الا ان يراد لقطع السهوكة فيجب لانه يراد للتنظيف قال ولا
الطبيب ولا شرا الادوية لان ذلك يحفظ به البدن لعارض فلا يلزمه
كما لا يجب على المستاجر اصلاح ما انهدم من الدار ويجب من الكسوة
ما جرت العادة به فيجب لامراة الموسر من مرتفع ما يلبس نساء
البلد من القطن والكتان والابريسم والخز ولامراة المعسر دون ذلك
اي من غليظ القطن والكتان وللمراة المتوسط ما بين ذلك وقال
بعض الاصحاب لا مزيد على ما ذكره الشافعي رضي الله عنه وهو لامراة
الموسر من لين البصري والكوفي والبغدادي ولامراة المعسر
من خشن ذلك واراد به الكرابيس ولامراة المتوسط ما بين ذلك
لان هذا لباس اهل الدين وما زاد عليه رعونة وترفه لم يلتفت
اليه الشرع والمذهب الاول لان الشرع ورد بالكسوة وليس لها
اصل ترد اليه فرجع فيها الى العرف ونص الشافعي على تقديره
محمول على عرف اهل زمانه قال واقل ما يجب قميص وسراويل

ومقنعة ومداس للرجل او ما يقوم مقامه كالنعل وان كان في الشتاء
ضم اليه جبة اي اذا كانت في بلاد تعتاد فيها ذلك وهذا يجب
لامراة الموسر والمعسر جميعا ويجب لامراة الموسر ملحفة اي ان
كان صيفا وكساء تغطى به اي ان كان شتاء ووسادة ومضربة محشوة
بقطن لليل وزلية او لبد تجلس عليه بالنهار ولامراة المعسر
كساء او قطيفة وظاهر هذا الكلام يدل على انه لا يجب لامراة المعسر
ما يجب لامراة الموسر من آلة النوم وما تجلس عليه وهذا نقل
بعض العراقيين وقال الخراسانيون وبعض العراقيين يجب
لها ذلك وانما يختلفان في الرفعة والغلظ فقط وكذلك ذكر في المهذب

فصل فان اعطاها كسوة مدة وبليت قبلها لم يلزمه
ابدالها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم اذا نفد قبل انقضاء اليوم
وقال ابن الصباغ ان بليت في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه
الابدال لانه وقت الحاجة وان بليت قبل ذلك بكثرة خروجها ودخولها وكثرة
استعمالها لم يلزمه الابدال لانه ليس بوقت الحاجة قال
الخراسانيون اذا تلفت الكسوة من غير تفريط فان قلنا انها امتاع وجب
التجديد وان قلنا تمليك فوجهان اصحهما انه لا يجب التجديد قال
وان بقيت بعد المدة لزمه التجديد وقيل لا يلزمه لان الكسوة مقدرة
بالكفاية وهي مكفية والاول اصح اذ الاعتبار بالمدة لا بالكفاية بدليل
ما لو تلفت قبل المدة وقال ابن الصباغ والماوردي ان كان
بقاؤها لجودتها في نفسها لم يلزمه الابدال وان كان لرفق المراة
بها وجب وقال الغزالي يخرج على الوجهين في انها امتاع او
تمليك قال ويجب تسليم النفقة اليها في اول النهار لان الذي يجب
هو الحب فيحتاج الى طحن وخبز ويحتاج الى الغداء والعشاء فلو قلنا انه

لا يجب عليه تسليم ذلك الا وقت الغدا او العشا اضر بها الجوع ويجب
بطلوع الفجر وقيل بطلوع الشمس ولم يذكر في المهذب غيره قال
فان اسلفها نفقة مدة فماتت قبل انقضايها رجع فيما بقي لانه غير
مستحق ويجب تسليم الكسوة في اول الفصل واريد بالفصل ستة
اشهر لان العرف ان تبدل الكسوة في هذه المدة قال في الحاوي
فاما ما جرت العادة ان تبدل في كل سنة كجبة القطن او في كل
سنتين كجبة الديباج لم يجب ابداله الا في مثل تلك المدة وتعتبر فيه
عرف مثلها قال في المهذب وما يبقى سنة والتركالبسط
والفرش وجبة الخز والابريسم لا يجب تجديدها في كل فصل وانما
اوجبنا تسليم الكسوة في اول الفصل لانه اول وقت الحاجة قال
فان اعطاها الكسوة ثم ماتت قبل انقضا الفصل اي قبل انقضا ستة
اشهر لم يرجع وقيل يرجع كما لو اسلفها نفقة ايام ثم ماتت
قبل انقضايها والاول اصح لانه دفعها بعد وجوبها عليه فلم يرجع
كما لو دفع اليها نفقة يوم فماتت في اثنايه والخراسانيون بنوا
ذلك على انه امتاع او تمليك قال وان تصرفت فيما اخذت
من الكسوة ببيع او غيره جاز لانه عوض مستحق لها فاشبه المهر
وقيل لا يجوز وهذا ايضا مفرع على انها امتاع او تمليك
واختار ابن الصباغ انها تمليك كالنفقة لا امتاع كالسكنى ومن الاصحاب
من قال اذا ارادت ان تبدل الكسوة بما هو دونها في الجمال
لم يجز وكذلك لو ارادت ان تبدل الطعام بما يستضر بها دله لم يجز
لانه اضرار بالزوج قال ويجب لها سكنى مثلها وظاهر اللفظ
يشعر بان الاعتبار في المسكن بحالها ونقل العراقيون ان الاعتبار
في المسكن بحاله في اليسار والاعسار والتوسط كما في النفقة وذكر

الغزالي ان الاعتبار في المسكن بحالها لا بحاله بخلاف النفقة وذكر الضابط
لهما المقصود منه الامتاع فالنظر فيه الى جانبها وما المقصود منه
التمليك فالنظر فيه الى جانبه قال فان كانت المراة ممن تخدم
وجب لها خادم واحد لانه لما وجبت عليه نفقة الزوجة وجب عليه
اخدامها كالاب لما وجبت عليه نفقة الابن وجب عليه اجرة من
تخدمه وهو ممن تحضنه وانما اكتفى بخادم واحد لحصول المقصود
ولا يكون الا امراة او ذا رحم محرم وفي الشيخ الهرم والمملوك لها
وجهان وهل يجوز ان يكون يهوديا او نصرانيا فيه وجهان والمراد بقوله
ممن تخدم اي ممن لها من الرتبة والمنصب ان تخدم فاما لو كانت ممن
تخدم نفسها الا انها مرضت او عجزت عن خدمة نفسها واحتاجت
الى خادم قال الغزالي لا يجب عليه وقال بعض العراقيين يجب عليه
والاول اظهر لانه يشبه اجرة الطبيب وثمن الادوية قال فان
قال الزوج انا اخدمها بنفسي لم يلزمها الرضا به لانها تحتشمه وقيل
يلزمها الرضا به لحصول المقصود وقال الخراسانيون يلزمها الرضا
به في الامور التي لا تستحي منها كالطبخ دون الامور التي تستحي
منها كحمل الما الى المستحم قال وان قالت انا اخدم نفسي واخذ
اجرة الخادم لم يلزمه الرضا بها لان المقصود ترفيهها وذلك لا يحصل
بخدمة نفسها قال بعض الاصحاب وفيه نظر ان اختارت
امراة تخدمها واختار الزوج غيرها ففيه وجهان احدهما
ان الخيار لها والثاني ان الخيار للزوج قال ويجب عليه نفقة
الخادم وفطرته اي اذا كان له واتفقا على ان يخدمها فان كان موسرا
لزمه للخادم مد وثلث من قوت البلد لان العادة ان نفقة الخادم
تكون اقل فجعلت ثلثي نفقتها وان كان معسرا او متوسطا لزمه للخادم

مدا اما في المتوسط فللعله المذكوره واما في المعسر فلان الكفايه لا تقع بما دون ذلك ويجب عليه ادمه من دون جنس ادم المراه على المنصوص للعرف فعلى هذا يكون ادم المراه من الزيت الجيد وادم الخادم من الزيت الردي ولا يجب له اللحم وقيل يلزمه من جنس ادمها كما يلزمه من جنس طعامها وقيل لا يلزمه للخادم ادم بل يعتمد على ما يفضل من المراه ولا يجب للخادم الدهن والسدر والمشط لانه نوع زينه لا حظ له فيه فلم يجب له بخلاف المراه قال الصيدلاني ان احتاجت اليه عند تلبد شعرها وجب وهو متجه قال ويجب لخادم امراه الموسر قميص ومقنعه وخف ولا تجب سراويل لانه يراد لكمال الستر والزينه واعلم ان الخف انما يجب اذا كان الخادم يحتاج الى الخروج في الحوايج ويجب له كسا غليظ او قطيفه ليلتف بها من البرد ووساده تنام عليها ولخادم امراه المعسر عباه او فروه للعرف قال الغزالي والعرف ان الكسوه تجب للخادم الا انه يكون احسن جنسا من كسوه المخدوم ويختلف ذلك باختلاف البقاع

فصل

وتجب النفقه اذا سلمت نفسها الى الزوج او عرضت نفسها عليه لان النفقه في مقابله التمكين المستحق بالعقد وقد تحقق عرضها وتسليمها نفسها ان تقول سلمت نفسي اليك فان اخترت ان تصير الي وتاخذني وتستمتع بي فذلك اليك وان اخترت جئت اليك اي في مكان شيت او ما يودي هذا المعنى قال فان كانت صغيره اي لا يوطا مثلها وسلمت اليه ففيه قولان اصحهما انه لا تجب لها لانه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع والثاني تجب لانها سلمت من غير امتناع فاشبهت المريضه وبنى الخراسانيون القولين على ان النفقه تجب بالعقد او التمكين

والمخاطب في تسليم الصغيره هو الولي فلو كانت مراهقه فامتنع الولي من تسليمها فسلمت نفسها فتسلمها وجبت نفقتها قال ابن الصباغ وينبغي ان لا تجب حتى يتسلمها الزوج قال وان كان الزوج صغيرا وهي كبيره ففيه قولان اصحهما انها تجب لان العذر من جهته والثاني لا تجب لان التمكين يتوقف على متمكن ولم يوجد وقيل ان كانت جاهله بصغره استحقت والا فلا قال وان كانت مريضه او رتقا او كان الزوج عنينا وجبت النفقه لانه وجد التمكين التام والعذر بسبب لا تنتسب فيه الى التفريط وهو عارض يتكرر ويدوم فيكثر الضرر باسقاط النفقه بخلاف الصغير ولا تجب النفقه الا بالتمكين التام فان كانت امه فسلمها المولى ليلا ونهارا وجبت نفقتها لوجود التمكين التام وان سلمها ليلا ولم يسلمها نهارا لم يلزمه نفقتها وقيل يلزمه نصف النفقه اعتبارا بما سلمه وقيل يلزمه جميع النفقه لوجود كمال التمكين المستحق بالعقد قال في الحاوي يلزمه عشاوها وكذا يلزمه من الكسوه ما يحتاج اليه بالليل دون ما تلبسه بالنهار والاول اصح لانه لم يوجد التمكين التام فلا يستحق شيا كالحره اذا سلمت نفسها بالليل دون النهار وان كان الزوج غايبا وعرضت نفسها عليه اي بان مضت الى الحاكم وبذلت التسليم وكتب الحاكم الى حاكم البلد الذي فيه الزوج ليعلمه بذلك فاذا علم ومضى زمان لو اراد المسير لكان قد وصل وجبت النفقه من حينيد لانه كان يمكنه ان يتسلم في هذا الزمان وانما التفريط من جهته اللهم الا اذا تعذر عليه المسير لخوف الطريق فحينيذ لا تجب النفقه حتى يمكنه السير وقيل ان نشزت ثم عادت الى مسكن الزوج عادت النفقه وان لم ترفع الى الحاكم قال ولا تجب النفقه

الاستمتاع معصيه فاشبهت الناشزه بخلاف ما لو اسلمت بعد الدخول
وتخلف الزوج فانها تجب وتستحق النفقه في مده العده على الصحيح
من الطريقين وان اسلمت اي بعد اسلامه وقبل انقضا العده
ففيه قولان اصحهما انها لا تستحق النفقه لما مضى لان اقامتها
على الكفر كنشوزها والثاني وهو القديم انها تستحق النفقه لما
مضى لانها باسلامها نالت شعث النكاح فصار كما لو اسلمت معه ه
وان ارتدت سقطت نفقتها لما تقدم بيانه فان اسلمت قبل انقضا
العده فقد قيل لا تستحق لما مضى وقيل على قولين كالمسله قبلها
والفرق ان الكافره لم تحدث شيا واما الزوج هو شعث النكاح
باسلامه والمرتده احدثت المانع فغلظ عليها واذا ارتدت الزوجه
ثم عادت الى الاسلام والزوج غايب وجبت نفقتها من حين عادت
الى الاسلام بخلاف ما لو نشزت ثم تركت النشوز والزوج غايب
فانه لا يجب لها النفقه حتى يمضي زمان لو سافر فيه لقدر على الاستمتاع
بها **فصل** وان طلقها طلقه رجعيه وجبت
لها النفقه والسكنى لان الزوجيه باقيه والتمكين من جهتها مسلم
وان طلقها طلاقا باينا وجبت لها السكنى اي حايلا كانت او حاملا
لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم واما النفقه
فان كانت حايلا لم تجب وان كانت حاملا وجبت لقوله تعالى وان كن
اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن خصص الوجوب
بحال الحمل ولمن تجب فيه قولان احدهما لها اي بسبب الحمل وهو
الصحيح لانها لو وجبت له لتقدرت بكفايته وذلك دون الحمل والثاني
للحمل بدليل دوران الوجوب معه فعلى هذا لا تجب على من لا يجب
عليه نفقه الولد قال وهل يدفع اليها يوما بيوم او لا يجب لها

الا يوما بيوم اي بالتمكين فيه لان التسليم يجب عند وجوده ويعدم
عند عدمه وقال في القديم يجب بالعقد لانه في مقابله
الاستمتاع وهو يجب بالعقد لكن له شرط وهو عدم النشوز
وهو معنى قول الشيخ الا انه لا يجب التسليم الا بالتمكين يوما بيوم
قال ولو ضمن عنه نفقه مده معلومه جاز اي على القول القديم
لانه ضمان دين واجب الا انه لا يضمن عنه الا نفقه المعسر
لانه المتيقن فاما على الجديد فلا يصح الضمان لانه ضمان ما لم يجب فقد
ظهر اثر الخلاف في هذه المسله قال الخراسانيون ويظهر
ايضا فيما لو اختلفا في التمكين فادعت المراه التمكين من وقت كذا
واستحقاق النفقه وانكر الزوج ذلك فاما ان قلنا تجب بالتمكين فالقول
قوله وان قلنا بالعقد بشرط عدم النشوز فالقول قولها وعليه
اثبات النشوز وفيما لو لم تطلب الزوج الزفاف فان كانت ساكته
غير ناشزه فاما ان قلنا تجب بالتمكين لم يكن لها نفقه وان قلنا بالعقد
فلها النفقه وقال العراقيون لا تجب النفقه هنا لان النبي عليه
السلام تزوج عايشه وهي ابنه سبع ودخل بها وهي ابنه تسع ولم
ينقل انه انفق عليها الا من حين دخل بها وان نشزت او سافرت
بغير اذنه او احرمت او صامت تطوعا او عن نذر في الذمه او عن نذر
يتعلق بزمان بعينه نذرته بعد النكاح بغير اذنه سقطت نفقتها
لانها خرجت عن طاعته وفوتت حقه بشي هي مفرطه فيه وهكذا
لو زنت بغير اذنه وحبست وقيل ان صامت تطوعا ولم تفارق المنزل
لم تسقط نفقتها وان سافرت باذنه اي لغرض نفسها ففيه قولان
قولان ذكرا في القسم والنشوز وان اسلم الزوج وهي في العده اي
لكونها وثنيه او مجوسيه مدخول بها لم تجب لها النفقه لانها منعت

شي منها حتى تضع فيه قولان احدهما يدفع وهو الصحيح لان الظاهر
انه حمل فعلى هذا لو بان انه لا حمل رجع بما دفع والثاني لا لاحتمال
انه ريح فعلى هذا لو دفع ثم بان انه لا حمل فان دفع بامر الحاكم او بغير
امره ولكن شرط ان ذلك عن نفقتها ان كانت حاملا رجع والا لم يرجع ه
قال وان لاعنها ونفى حملها وجبت لها السكنى دون النفقه لانها
معتده باين وقيل لا سكنى لها لانها لا تحصن فلو كانت حاملا لم يجب لها
النفقه ايضا قولا واحدا لان الحمل منفي عنه فلم يجب عليه له ولا
بسببه نفقه وان وطى امراه بشبهه لم يجب لها السكنى لان السكنى تجب
في نكاح صحيح وذلك مفقود هنا قال وفي النفقه قولان واعلم
ان هذا الكلام ليس على ظاهره بل ينظر فيها ان كانت حايلا فلا نفقه وان
كانت حاملا ففيه قولان مبنيان على ان النفقه في الحامل الباين للحمل فان قلنا
لها لم يجب هنا لانها انما تجب لها عن نكاح له حرمه وذلك مفقود هنا
ولم يذكر البغوي في شرح التنبيه غير هذا وان قلنا للحمل وجبت
لان الولد لاحق به قال وان توفي عنها لم يجب لها النفقه في العده
لان النفقه انما تجب في مقابله التمكين من الاستمتاع وقد زال بالموت او
بسبب الولد والميت لا يستحق عليه حق لاجل الولد قال الشيخ
ابو علي تجب النفقه اذا مات في عده الطلاق وهي حامل لان نفقه
الحمل تجب عند الطلاق دفعه واحده فصار كساير الديون قال
وفي السكنى قولان احدهما لا تجب كالنفقه والثاني تجب وهو الصحيح
للحديث فريعه نعم لو ابان الحامل ثم مات عنها وهي في العده استحقت
السكنى قولا واحدا ولو طلبت المعتده السكنى بعد مضي المده فقد
نص الشافعي رضي الله عنه على انه يسقط سكنى ما مضى ونص في المتوفى عنها
الحامل انه يجب لها نفقه ما مضى فمن اصحابنا من خرجهما على القولين

واكثرهم حمل الجوابين على ظاهرهما وفرقوا بينهما قال وان
اختلف الزوجان في قبض النفقه فالقول قولها لان شغل ذمته متيقن
والاصل عدم القبض وان اختلفا في تسليمها نفسها فالقول
قوله لان الاصل عدم التسليم فان ترك الانفاق عليها مده صار دينا
في ذمته فلم يسقط بمضي الزمان كساير الديون وان تزوجت بمعسر
او بموسر فاعسر بالنفقه اي نفقه المعسر فلها الخيار ان شات
اقامت على النكاح وتجعل النفقه اي نفقه المعسر دينا في ذمته ه
واعلم ان هذا ليس على اطلاقه بل انما تجعل النفقه دينا في ذمته
اذا مكنته اما بمجرد تركها الفسخ بالاعسار فلا قال وان شات
فسخت النكاح وحكى الخراسانيون قولا اخر انها ليس لها ان تفسخ لكن
يرفع الزوج يده عنها لتكتسب وقيل اذا قدر على نصف مد لم تفسخ و
المذهب الاول لما روى ابو هريره رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قال اذا اعسر الزوج بنفقه امراته فرق بينهما روي ذلك عن
عمر وعلي وابي هريره رضي الله عنهم ولا مخالف لهم من الصحابه وقال
الخراسانيون هل هذا الواقع طلاق او فسخ فيه وجهان فان
قلنا انه طلاق فلا بد من الرفع الى القاضي حتى يلزمه بان يطلق
او ينفق فان ابى طلق القاضي عليه طلقه رجعيه ولا بد من العده
وان لم يكن نفقه حق الله تعالى فلو راجعها طلق عليه ثانيا الى
ان تتم الثلث وان قلنا انه فسخ فلا بد من الرفع لاثبات الاعسار فانه
متعلق باجتهاد ثم تفسخ هي ولا يثبت حق الفسخ لولي الصغيره والمجنونه
وهل يثبت لسيد الامه فيه وجهان اصحهما انه ليس له ذلك فلها
الفسخ بغير رضا سيدها قال وان اختارت المقام ثم عن
لها ان تفسخ جاز لان النفقه يتجدد وجوبها في كل يوم فيتجدد حق الفسخ

ايضا وان اختارت الفسخ ففي وقته قولان احدهما ينفسخ في الحال كفسخ البيع عند افلاس المشتري والثاني بعد ثلثة ايام وهو الاصح لانه قد لا يقدر اليوم ويقدر غدا او بعده مده قريبه فوجب امهاله فيها فعلى هذا لها ان تخرج في مده الايام من منزل الزوج لانه لا يلزم التمكين من غير نفقه فلو وجد في اليوم الثالث نفقتها وتعذرت عليه نفقه اليوم الرابع فهل يجب عليه استيناف مده الامهال فيه وجهان قال وان اعسر بنفقه الموسر والمتوسط لم تفسخ ولم يصر ما زاد دينا في ذمته لان المعسر لا يستحق عليه الا نفقه المعسر فلم يثبت الفسخ لفوات غير المستحق ولا يثبت ايضا في ذمته وان اعسر بنفقه الخادم لم تفسخ وقيل يفسخ وليس بشي لان النفس تقوم بدون الخادم قال ويصير دينا في ذمته لانه مستحق عليه مع الاعسار وقال في التتمه لا تصير مونه الخادم دينا في ذمته وكذا ايضا اجره المسكن على اصح الوجهين قال وان اعسر بالكسوه ثبت الفسخ وان اعسر بالادم لم تفسخ وقيل يفسخ والاول اصح لان البدن لا يقوم بدون الكسوه ويقوم بدون الادم وان اعسر بالسكنى احتمل ان تفسخ لتضررها بعدمه ولم يذكر في الشامل غير هذا واحتمل ان لا تفسخ لانها لا تعدم موضعا تسكن فيه وان كان الزوج موسرا حاضرا وامتنع من الانفاق على زوجته لم ينفسخ النكاح على اصح الوجهين ولو غاب وانقطع خبره وله مال له حاضر ينفق عليها منه ثبت لها حق الفسخ على احد الوجهين قال وان كان الزوج عبدا وجبت النفقه في كسبه ان كان مكتسبا او ما في يده ان كان ماذونا له في التجاره وان لم يكن مكتسبا ولا ماذونا له ففيه قولان احدهما في ذمه السيد والثاني وهو الجديد انها في ذمه العبد يتبع بها اذا عتق وتعليله ما

ذكرناه في باب الصداق فلها ان تفسخ اذا شاءت اي على القول الجديد لتاخر نفقتها ٥

باب نفقه الاقارب والرقيق والبهايم

يجب على الاولاد نفقه الوالدين وان علوا ذكورا كانوا او اناثا قال النبي عليه السلام ان اولادكم هبه من الله واموالهم لكم اذا احتجتم اليها قال وعلى الوالدين نفقه الاولاد وان سفلوا ذكورا كانوا او اناثا لقوله عليه السلام لهند خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف اوجب على الاب نفقه الولد وقسنا عليه الباقين فاما الوالدون فلا تجب نفقتهم الا ان يكونوا فقرا زمنى او فقرا مجانين لتحقق الحاجه حينيذ فان كانوا فقرا اصحا ففيه قولان اصحهما انها لا تجب للقدره على الكسب الذي هو نازل منزله المال بدليل الزكاه والثاني تجب لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ومن الصحبه بالمعروف ان لا يحوجه الى الكسب وهو غير مكتسب نعم لو كان مكتسبا لم يجب له النفقه قال واما الاولاد فلا يجب نفقتهم الا ان يكونوا فقرا زمنى او فقرا مجانين او فقرا اطفالا لتحقق الحاجه حينيذ فان كانوا اصحا بالغين لم يجب نفقتهم لقدرتهم على الكسب وقيل فيه قولان كالوالد والفرق ان حرمه الوالد اكثر بدليل وجوب اعفافه وعدم وجوب القصاص عليه بقتله ونفقته يجب مع اختلاف الدين وانما فارق الارث فانه يتعلق بالموالاه وانها منقطعه باختلاف الدين واما النفقه تجب بالقرابه والملك والزوجيه وانها متحققه مع اختلاف الدين قال ومن وجبت نفقته وجبت نفقه زوجته لان ذلك من تمام كفايته وكذا لو احتاج الى من يخدمه وجبت نفقه خادمه

وقال ـــــــ في التتمه لا يجب عليه نفقه الخادم الا للزمن بخلاف خادم
الزوجه قال ـــــــ ولا يجب نفقه الاقارب على العبد لانه ليس من اهل
المواساه ولا يجب على المكاتب الا ان يكون له ولد من امته فيجب عليه
نفقته لما بيناه في الكتابه ولا يجب الا على من فضل عن نفقته ونفقه
زوجته اي في يومه وليلته وانما قدمت نفقه الزوجه لانها تجب
على سبيل المعاوضه فقدمت على ما يجب على سبيل المواساه والكسب
في الانفاق قائم مقام المال نعم لو قدر على الكسب ولم يكن له عاده
بالاكتساب لم يكلف به لاجل الانفاق على اضعف الوجهين ولو كان
له عقار بيع في نفقه القريب قال ـــــــ فان كان له ما ينفق على واحد
وله اب وام فقد قيل الام احق لانها انفردت عنه بالحمل والوضع
والرضاع والتربيه وقيل الاب احق لانه انفرد عنها بالتعصيب وقيل
يجعل بينهما لتساويهما في القرابه وان كان له اب وابن فقد قيل الابن
احق لان نفقته وجبت بنص الكتاب قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف وقيل الاب احق لان حرمته اكد قال ـــــــ
الشيخ ابو حامد الوجهان اذا كان الابن بالغا او مراهقا اما لو كان
صغيرا كان اولى وجها واحدا وان كان له ابن وابن ابن فقد قيل
الابن احق لانه اقرب وقيل يجعل بينهما الا ان الابن لا يمنع نفقه
ابن الابن بدليل حال القدره فصارا كالابنين وهكذا الخلاف فيما لو
اجتمع اب وجد وان احتاج وله اب وجد موسران فالنفقه على الاب
لانه اقرب وان كان له ام وام ام فالنفقه على الام لانها اقرب
وان كان له اب وام او جد اي اب الاب وام فالنفقه على الاب لقصه
هند او الجد لانه هو العصبه دونها وان كان له ام اب وام ام فقد
قيل هما سوا وهو الاصح لاستوايهما في الدرجه وقيل النفقه

على ام الاب لانها تدلي بعصبه وان كان له ام ام واب ام فالنفقه
عليهما وان كان له اب وابن فوجهان وان كان له ابن وبنت
فالنفقه على الابن وان مضت مده ولم ينفق فيها على من يلزمه نفقته
من الاقارب لم يصر دينا عليه لانها وجبت لدفع الحاجه الناجزه
وقد زالت وان احتاج الوالد اي من قبل الاب او الام الى النكاح
وجب على الولد اعفافه على المنصوص وقيل فيه قول مخرج اي من الابن
انه لا يجب فالمذهب الاول لانه يدعوا حاجته اليه ويستضر
بفقده فوجب على الولد كالنفقه ويفارق الابن من حيث ان الاب
اكد حرمه من الابن ثم الابن بالخيار بين ان يزوجه حره او يسريه
جاريه ولا يعفه بعجوز ولا قبيحه فلو زوجه امراه فطلقها او ماتت
فهل يجب عليه الابدال فيه خلاف ولو كان الاب صحيحا قويا وقلنا
لا يجب نفقته فهل يجب اعفافه فيه وجهان قال ـــــــ وان احتاج
الطفل الى الرضاع وجب ارضاعه وكذا مونه حضانته لانه في حق الصغير
منزله النفقه في حق الكبير وان كان ابواه على الزوجيه وارادت
امه ان ترضعه لم يمنعها الزوج وقال ـــــــ في المهذب يكره له منعها
لان لبنها اوفق له وله منعها اي اذا وجد مرضعه اخرى لان الاستمتاع
مستحق له الا في وقت العباده فلا يجوز تفويته عليه وقال ـــــــ
الخراسانيون حق الزوج مقدم على اصح الوجهين واعلم ان هذا
في ارضاع غير اللبا اما ارضاع اللبا الذي لا يعيش الولد الا به فهو واجب
عليها ولا تستحق لاجله اجره قال ـــــــ وان امتنعت من ارضاعه
لم تجبر عليه كما لا تجبر على نفقه الولد مع وجود الاب وقال المزني تجبر
على ارضاعه حولين وان طلبت الاجره فقد قيل تجوز استيجارها لعرفها
وقيل لا يجوز لان اوقات الرضاع مستحقه لاستمتاع الزوج بدل وهو

النفقه فلا يجوز استيجارها كغيرها وقيل لا يجوز لان اوقات الرضاع
مستحقه ان يجل بها لاحد وهكذا الخلاف فيما لو اجرت نفسها
لارضاع طفل اخر فان منعنا فارضعته فهل تستحق اجره المثل فيه وجهان
قال وان كانت باينه جاز استيجارها لانتفا المانع المذكور فان
طلبت اجره المثل قدمت على الاجنبيه لاختصاصها بمزيد الشفقه وقيل
ان كان للاب من يرضعه من غير اجره ففيه قولان اصحهما ان الام احق
به لما سبق والثاني لا لان الارضاع في حق الصغير كالنفقه في حق الكبير
ولو وجد الاب من يتبرع نفقه الكبير لا يلزمه نفقته فكذا هنا ولا يجب
اجره الرضاع لما زاد على الحولين لقوله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعه

فصل

ومن ملك عبدا او امه لزمه نفقتهما وكسوتهما لقوله عليه السلام
للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف فان كانت الامه للتسري فضلت
على امه الخدمه في الكسوه اي استحبابا للعرف وقيل لا تفضل كما في
الطعام والمستحب ان يجلس الغلام الذي يلي طعامه معه فان لم يفعل
اطعمه منه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم خادمه بطعامه حره ودخانه
فليدعه وليجلسه معه فان ابى فليروغ له اللقمه واللقمتين وقيل
ان ذلك واجب للخبر والترويغ ان يرويه بالدسم والدهن قال ولا
يكلفه من الخدمه ما يضر به اي ضررا لا يطيقه لما روي ان النبي عليه
السلام منع ان يكلف العبد ما لا يطيق قال ويريحه في وقت
القيلوله دفعا للضرر وفي وقت الاستمتاع ان كان له امراه لان اذنه
في النكاح يتضمنه وان سافر به اركبه عقبه اي وقتا فوقتا والمقصود
ان لا يكلفه ما لا يقدر على المداومه عليه عاده قال ولا يسترضع
الجاريه الا ما فضل عن ولدها لانه ولده او مملوكه واياما كان وجب

ارضاعه عليه وان رضيا انفق عليهما لان نفقتهما مقدره بالكفايه
فاشبه الاقارب

فصل

وان ملك بهيمه وجب
عليه القيام بعلفها ولا يحمل عليها ما يضر بها كما في العبد ولا يحلب
من لبنها الا ما يفضل عن ولدها لانه خلق غذا للولد فلا يجوز منعه
منه وان امتنع من الانفاق على رقيقه او بهيمته اي التي لا توكل اجبر
على ذلك كما يجبر على نفقه زوجته فان لم يكن له مال اكرى عليه ان
امكن اكراوه وان لم يمكن بيع عليه كما يزال ملكه عن الزوجه عند
الاعسار بنفقتها فان لم يرغب فيه راغب فكفايته من بيت المال
وان لم يكن فعلى المسلمين كفايته وان كانت له ام ولد ولم يمكن
اكراوها ولا تزويجها فيحتمل ان يعتق عليه لتفرغ لتحصيل النفقه ويحتمل
ان لا تعتق قال في التتمه حكي عن ابي بكر الاودني من اصحابنا
انه قال يومر السيد بعتقها والصحيح انه لا يكلف العتق لانها
لا تستفيد بالعتق الا النفقه على نفسها بل يمكن الانفاق عليها
من بيت المال مع الرق فلا يجوز الاضرار بالمالك

باب الحضانه

الحضانه عباره عن القيام بحفظ المولود وما يقيه ويصلحه وهي
ولايه وسلطنه ولكنها بالاناث اليق وسميت بذلك لان الحاضنه تضم الولد
الى حضنها اي الى جنبها قال اذا تنازع النسا في حضانه الطفل قدمت
الام لقوله عليه السلام للام انت احق به ما لم تنكحي قال ثم امهاتها الاقرب
فالاقرب اي من الوارثات لمشاركتهن للام في تحقق الولاده والوراثه
ثم ام الاب ثم امهاتها ثم ام الجد ثم امهاتها اي المدليات بالاناث دون الذكور
ثم امهات اي الجد على ما تقدم ولا حق لام ابي الام لانها تدلي بغير وارث
وقيل لها حق ولكن تتاخر عن جميع النسا وقيل لها حق وتقدم على

الاخوات والخالات وهكذا الخلاف في كل جده فاسده قال ثم
الاخت للاب والام ثم الاخت للاب ثم الاخت للام ثم الخاله ثم العمه
وانما قدم الاخوات على الخالات لانهن راكضن الولد في الرحم وشاركنه
في النسب وقدمنا الخاله على العمه لان دلاها بالام مع مساواتها
اياها في الدرجه وقيل تقدم الاخت للام على الاخت للاب لما
ذكرنا والاول هو المنصوص ووجهه ان الاخت اقوي في الميراث
والتعصيب مع البنات وقال في القديم تقدم الام ثم امهاتها
ثم الاخوات ثم الخاله ثم امهات الاب ثم امهات الجد ثم العمه لان
الخاله تدلي بالام وهي اقوي فقدمت والاول اصح لان ام الاب
جده وارثه فقدمت على الاخت والخاله كام الام فعلى القديم تقدم
الام ثم امهاتها ثم الاخت للاب والام ثم الاخت للاب ثم الاخت للام
ثم الخاله ثم امهات الاب ثم امهات الجد ثم العمه وقال ابن سريج
تقدم الاخت للام والخاله على الاخت للاب فعلى هذا تقدم الام ثم
امهاتها ثم الاخت للاب والام ثم الاخت للام ثم الخاله ثم امهات
الاب ثم امهات الجد ثم الاخت للاب ثم العمه ولم يذكر في المهذب
غير هذا اعتدا تفريعه على القديم والاول اصح لان الاخت
للاب مقدمه على الاخت من الام وعلى الخاله لانها تقوم مقام
الاخت للابوين في التعصيب فكذلك في الحضانه قال فان
اجتمع مع النسا رجال قدمت الام وانما قدمت على الاب لانها تلي
الحضانه بنفسها ثم امهاتها وانما قدمن على الاب لان لهن ولاده
ومعرفه بالحضانه فاشبهن الام ثم الاب وانما قدم على الباقين
لانهن انما يدلين به او يترجح عليهن من يدلي به قال ثم امهاته
وقيل تقدم امهاته عليه وليس بشي لما بيناه ثم الجد ثم امهاته ثم الاخوات

وقيل تقدمن على الجد وليس بشي لان امهاته يدلين به والاخوات
على حاشيه النسب وهو على عموده قال ثم الخاله ثم العمه
على ظاهر النص وقيل تقدم الاخت للاب والام والاخت للام والخاله
على الاب وهو الاظهر لانهن من اهل الحضانه ويدلين بالام فقدمن
على الاب كام الام واعلم ان في جعل هذا الاظهر اشكالا وبيانه
انه جعل الاصح ان امهات الاب مقدمات على الاخوات والخالات والاب
مقدم على امهاته على الصحيح فيلزم ان يكون مقدما على الاخوات
والخالات بطريق الاولى ومع هذا كيف نجعلهن مقدمات
عليه على الاظهر قال واما الاخوه وبنوهم والاعمام وبنوهم
فانهم كالاب والجد في الحضانه تقدم الاقرب فالاقرب على ترتيب
الميراث على ظاهر النص لان لهم قرابه وهم من اهل الميراث فكان
لهم حضانه كالجد وقيل لا حق لهم في الحضانه لانه لا معرفه
لهم في الحضانه ولا لهم ولايه بانفسهم فلا يثبت لهم الحضانه كالاجانب
نعم لهم تاديب الولد وتعليمه فلو عدم الاباء والامهات وقلنا بظاهر
النص ففيه اوجه احدها ان النسا احق والثاني ان العصبات
احق والثالث انه يقدم الاقرب فان وقع الاستوا في القرب قدم النسا
واما الذكور من ذوي الارحام ومن يدلي بهم فلا حضانه لهم نعم
لو عدم غيرهم قدموا على السلطان على احد الوجهين واما
بنات الاخوه والاخوات فقد قال الفوراني تقدمن على العمه وفيه
نظر واما بنات الخالات والعمات ففي ثبوت الحضانه لهم وجهان

فصل واذا بلغ الصبي سبع سنين وهو يعقل
خير بين الابوين اي اذا كانا متصفين بالصفات المعتبره في الحضانه
وقال في المحرر تعتبر اربعه شرايط ان يكونا حرين مسلمين مامونين

مقيمين قال فان اختار احدهما سلم اليه لذلك فعل النبي عليه السلام
قال الخراسانيون لا اعتبار بالسبع بل بالتمييز فلو حصل قبل
السبع سنين خير ايضا قال فان كان ابنا فاختار الام كان عندها
بالليل وعند ابيه بالنهار ليسلمه الى المكتب والصنعه وان اختار
الاب كان عنده بالليل والنهار اذ لا حاجه به اليها ولا يمنع من زياره
امه ولا يمنع الام من زيارته لان ذلك سعي في قطيعه الرحم قال
ولا يمنع الام من تمريضه اي في بيتها اذا احتاج بل هي في حاله المرض
احق به لشفقتها بالطفل في الحاجه الى من يقوم بامره قال
ابن الصباغ يجيء اليها هي لتمرضه قال فان كانت بنتا فاختارت
الاب والام كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الاخر من زيارتها
وعيادتها اي من غير اطاله وبسط لما قدمناه وان اختار
احدهما ثم اختار الاخر حول اليه فان عاد واختار الاول اعيد اليه لانه
قد يشتهي المقام عند احدهما في وقت وعند الاخر في وقت وقال
امام الحرمين انا اكثر من ذلك حتى دل على خبل لم يسلم اليه لان
الظاهر انه بقلة سفاهه فيجعله عند الام اذ هو غير مميز
ولو خير بين الابوين فاختارهما او لم يختر واحدا منهما اقرع
بينهما هكذا ذكره في المهذب قال فان لم يختر احدا خير بينهما
سكت فالام باقيه على حقها من الحضانه لانه انما يسقط بالاختيار
ولم يوجد قال وان لم يكن له اب ولا جد وله عصبه غيرهما
خير بين الام وبينهم على ظاهر المذهب اي اذا فرعنا على ان لهم الحضانه
وليس المراد في التخيير خلافا مع ثبوت الحضانه لهم قال
فان كان العصبه ابن عم لم يسلم اليه البنت لانه ليس بمحرم لها فتكون
الام احق به قال ابن الصباغ الا ان يكون له بنت فيسلم الى بنته

قال وقيل لا حق لغير الاباء والاجداد في الحضانه وقد تقدم
بيانه وان وجبت للام الحضانه فامتنعت لم تجبر لانها تركت حقا
لها وتنتقل الى امهاتها كما لو ماتت او تزوجت وقيل تنتقل الى الاب
لان الام لا يبطل حقها في الحضانه بدليل تمكنها من المطالبه فلا
تنتقل منها الى من يدلي بها واذا امتنع اهل الحضانه من الحضانه
فالحضانه على من عليه النفقه منهم فان لم يجب نفقتهم عليه كانت في
مال نفسه فان لم يكن له مال كانت في بيت مال المسلمين قال ولا
حق في الحضانه لاب الام ولا لامهاته وقد تقدم بيانه ولا لرقيق لانه
لا يقدر على الحضانه مع اشتغاله بخدمه السيد ولو كان الولد رقيقا
فالحضانه لسيده وهل له ان يسلمه الى غير امه لتحضنه مع وجودها
فيه وجهان قال ولا فاسق لانه لا يوفي الحضانه حقها
ولا كافر على مسلم خوفا من الافتتان في الدين وقيل للكافر حق لما
روى عبد الحميد بن سلمه عن ابيه ان النبي عليه السلام خيره وكانت
امه مشركه وابوه مسلما فتوجه الى امه فقال النبي عليه
السلام اللهم اهده فمال الى ابيه وقعد في حجره والمذهب الاول
والحديث ان صح منسوخ وبالاجماع على انه لا يسلم الصبي الى الكافر
واذا غاب من يستحق الحضانه انتقلت الى من بعده الى ان يقدم وقيل
تنتقل الى السلطان كولايه النكاح وليس بشيء قال ولا
حق للمراه اذا نكحت زوجا حتى تطلق لقوله عليه السلام انت احق ما
لم تنكحي ولاشتغالها بالزوج والمعتبر مطلق الطلاق وان كان
رجعيا وقال المزني ان كان الطلاق رجعيا فلا حق لها في
الحضانه وجعله ابن سريج قولا مخرجا قال الا ان يكون زوجها
جد الطفل وهكذا الحكم فيما لو كان زوج الحاضنه ممن له حق في الحضانه

في الجمله كالعم وغيره لان النبي عليه السلام لما قتل حمزه رضي الله عنه
وتنازعوا في حضانه ابنته قضى بالحضانه لخالتها وقال الخاله ام
وكان لها زوج وهو جعفر بن ابي طالب رضي الله عنه وقيل ان كان
المنازع للام في الحضانه اعلا درجه سقط حقها من الحضانه وليس بشي
فان قيل كيف يكون زوجها جدا الطفل قلنا اذا حملنا
كلام الشيخ على غير الجده فهو ظاهر التصوير وان حملناه على الجده
فصورته ان يتزوج رجل بامراه وابنه بنتها من غيره ثم تجي لابنه ولد
ثم يموت الام فتنتقل الحضانه الى ام الام وهي زوجه الجد فان اراد الاب
او الجد الخروج الى بلد تقصر اليه الصلاه سبه المقام والطريق
امن واردت الام الاقامه كان للاب والجد احق به والعصبه من بعده
اي اذا كان العصبه من اهل الحضانه واراد السفر وكذا اذا كانت
الام هي المريده للسفر ثم مواعليها لان في الكون مع الام حضانه
وغيرها يقوم مقامها فيها وفي الكون مع هولاء حفظ النسب والتاديب
ولا يقوم غيرهم مقامهم في ذلك وقيل ان كانت هي المنتقله واراد
الانتقال الى بلد اخر فهي احق به وان ارادت الانتقال من بلد الى قريه
فالاب احق به وهنا على المذهب اربعه شروط احدها ان
يكون المسافه مما تقصر فيها الصلاه لان ما دون ذلك في حكم الاقامه
ومن الاصحاب من لم يشترط ذلك لان الاب اذا انتقل عن بلد لم يمكنه
تاديب الولد وان كان لا تقصر فيها الصلاه وهذا اختيار ابن
الصباغ الثاني ان يسوي النقله والمولي في ذلك قوله وانما شرط
ذلك لان المسافره به من غير الانتقال ضرر في حقه الثالث ان
يكون الطريق امنا والبلد الذي يقصده امنا لانه لا حظ للولد في السفر
مع الخوف الرابع ان تقيم الام لانها اذا سافرت معه صارت

احق به كما لو كانا مقيمين قال واذا بلغ الغلام ولي امر نفسه
لانه مستغن عن الحضانه والمستحب له ان لا ينفرد عن ابويه ولا
يقطع عنهما بره قال وان بلغت الجاريه كانت عند احدهما
حتى تزوج ويكره لها الانفراد احتياطا وقال ابن الصباغ يكره
لها ان تنفرد اذا كانت بكرا لانها لم تجرب ولا يومن ان تخدع اما
الثيب فهي كالغلام وقال الحداسانون ان كانت بكرا فظاهر المذهب
انه ليس لها الاستقلال بل للاب ان يسكنها حيث شا كما له ان يزوجها
ممن شا قهرا وحبس النكاح يزيد على حبس المسكن وهذا مختص
منزله ولايه الاجبار فان كانت ثيبا اتهم بالفجور فلجميع العصبات اسكانها
في موضع يلاحظونها فيه دفعا للعار ومن بلغ منهما معتوها كان عندنا الام
لانها اشفق عليه واعرف بمصالحه فكانت احق به كالصغير والله اعلم بالصواب

كتاب الجنايات

باب من يجب عليه القصاص ومن لا يجب

القصاص ماخوذ من القص وهو القطع وفيه معنى المساواه ومنه سمي
المقص مقصا لانه يقطع متساويا من غير ميل والقود ماخوذ من
قود المستقيد القاتل بحبل او غيره قال ولا يجب القصاص على
صبي ولا معتوه ولا مبرسم ويجب على من زال عقله بمحرم وفيه
قولان سبق ذكرهما في الطلاق قال ولا يجب القصاص على
المسلم بقتل الكافر لقوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر ولا على
الحر بقتل العبد لما روى ابن عباس ان النبي عليه السلام قال لا يقتل
حر بعبد فان جرح الكافر كافرا ثم اسلم الجارح او جرح العبد عبدا
ثم اعتق الجارح وجب عليه القود لانهما متكافيان حاله الجنايه

والاعتبار في العقوبه بحال الجنايه بدليل الحد والمراد بالحاضر غير الحربي وقيل اذا جرح الذمي ذميا ثم اسلم الجارح ثم مات المجروح لا يقاد به على قول وليس بمعروف قال وان قتل حر عبدا او مسلم ذميا ثم قامت البينه انه كان قد اعتق او اسلم ففي القود قولان احدهما يجب لما تقدم والثاني لا يجب لانه لم يقصد قتل من يكافيه قال وان جنى حر على رجل لا يعرف رقه وحريته فقال الجاني هو عبد وقال المجني عليه بل انا حر فالقول قول المجني عليه وقيل فيه قولان وقد بينا ذلك في اللقيط قال ولا يجب القصاص على الاب والجد ولا على الام والجده اي من الجانبين بقتل الولد وولد الولد لقوله عليه السلام لا يقاد والد بولده وقيل ان الجداد والجدات يقتلون به وليس بشي قال وان وجب القصاص على رجل فورث القصاص ولده لم يستوف لانه اذا لم يستحق القصاص على والده بجنايه الوالد عليه فبهاهنا اولى قال وان قتل المرتد ذميا ففيه قولان احدهما يجب عليه القصاص عاد الى الاسلام او لم يعد وهو الصحيح لتساويهما في الكفر حال الجنايه والثاني لا لان حرمه الاسلام باقيه بدليل حرمه استرقاقه وعلى هذا تجب الديه فان رجع الى الاسلام لزمته وان مات او قتل على الرده تعلقت بماله وان قتل ذمي مرتدا فقد قيل يجب لان الذمي يقتله عنادا فاشبه ما لو قتله مسلما فلو عفى المستحق وجبت الديه وقيل لا يجب شي وهو الصحيح لانه مباح الدم وقيل ان كان عمدا اوجب القصاص وان كان خطا لم تجب الديه قال وان قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المجني عليه ورجع الى الاسلام ومات اي من القطع ولم يمض عليه في الرده زمان يسري فيه الجرح ففيه قولان احدهما انه يجب القود

لان زمان الرده لم يسر فيه الجرح فكان وجوده كعدمه ويستوفيه وليه المسلم وقيل الامام والثاني لا يجب لانه اتى عليه زمان لو مات فيه لم يجب القود فاشبه ما لو اقام في الرده زمانا يسري فيه الجرح ومن الاصحاب من طرد فيه القولين في هذه الصوره ايضا والكفاره تجب على القولين وكذا الديه وقيل ان اقام في الرده زمانا يسري فيه الجرح وجب نصف الديه والاول اصح وقال الخراسانيون ان قلنا يجب القود وجبت الديه والا فثلثه اوجه احدها يجب ثلثا الديه والثاني يجب نصفها والثالث اقل الامرين من ارش الجنايه او جميع الديه قال وان مات من الجرح في الرده وجب القصاص في الطرف في اصح القولين لان القصاص يجب في الطرف مستقرا وكذا لو قطع يد مسلم ثم قتله من لا يقاد به لا يسقط القصاص في الطرف وليه المسلم وقيل الامام ولا يجب في الثاني تبعا للنفس وعلى هذا يضمنه باقل الامرين من ارش الطرف او ديه النفس ومن قتل من لا يقاد به في المحاربه كالمسلم للذمي او الحر للعبد او الوالد للولد ففيه قولان احدهما يجب القود لان القتل تاكد في المحاربه ولهذا لا يجري عفو الولي فلم يعتبر فيه التكافو كحد الزنا والثاني لا يجب وهو الصحيح لعموم الاخبار وقال الخراسانيون ان قلنا ان القتل في المحاربه حق لله تعالى لم يعتبر فيه التكافو وان قلنا حق الادمي يعتبره

باب ما يجب به القصاص من الجنايات

والجنايات ثلث عمد وخطا وعمد خطا فالخطا ان يرمي الى هدف فيصيب انسانا واعلم ان هذا ليس حد الخطا بل حده ما لا قصد فيه الى

شخص ومثاله ما ذكره الشيخ او ما لا قصد فيه الى الفعل كما لو تزلق
فوقع على انسان قال ـــــــ والعمد ان يقصد الجناية بما يقتل غالبا
ولا بد فيه من قصد الى شخص ايضا وحكى الخراسانيون وجهين اخرين
احدهما ان الغلبة معتبرة في المثقل اما المحدد فيكفي فيه ان
يقتل كثيرا وان لم يكن غالبا الثاني ان يعرف حصول الموت به من
طريق الظاهر ولا يعتبر الغلبة ولا الكثرة قال ـــــــ وعمد الخطا
ان يقصد الجناية بما لا يقتل غالبا اي كالسوط والعصا الصغير ولا يجب
القود الا في العمد اما وجوبه بالعمد فبالنصوص المشهورة واما
عدم وجوبه في عمد الخطا فلانه لم يقصد القتل ولا يجب عليه عقوبة
القتل كما ان من لم يقصد الزنا بان وطئ بشبهة لا يجب عليه الحد
قال ـــــــ وان جرحه بما له مور اي غور ونكاية في الباطن من
حديد كالمسلة والنشاب او غيره مما حدد من خشب او قصب
ونحو ذلك فمات منه وجب عليه القود لانه قتل عمدا عدوانا قال
وان غرز ابرة في مقتل كاصول الاذنين والعين والقلب والصدر
والخاصرة وجب عليه القود لانه يقتل غالبا قال ـــــــ وان غرزها
في غير مقتل اي كالالية والفخذ فان بقي منها ضمنا حتى مات وجب
عليه القود لان الظاهر انه مات به وان مات في الحال ففيه قولان
احدهما يجب لان له مورا وفي البدن مقاتل خفية لا يطلع عليها
الا الرب وقيل لا يجب لانه لا يقتل غالبا هذا نقل الشيخ
ابي حامد وقال ـــــــ ابن الصباغ هذا التفصيل لا وجه له بل لا يجب
القصاص اصلا وينبغي ان يكون الخلاف في وجوب الدية واعلم ان
هذا فيما اذا لم يبالغ في ادخال الابرة فاما لو بالغ في ادخالها وجب القود
وجها واحدا قال ـــــــ وان ضربه بمثقل كبير كالدبوس وحجر الرحا او بمثقل

[في الهامش: ولا]

[في الهامش: واما عدم وجوبه في عمد الخطا فلانه ...]

[في الهامش: الاستاد]

صغير اي كالعصا الصغير في مقتل او في غير مقتل وفي رجل ضعيف
اي بمرض وصغر او كبر او في حر شديد وبرد شديد او والى به الضرب
حتى مات وجب عليه القود لانه يقتل غالبا فاشبه الجارح قال
وان رماه من شاهق او عصر خصيته عصرا شديدا او خنقه خنقا شديدا
او طرحه في ما او نار لا يمكنه التخلص منه اي لكثرته او لضعفه
هو او لكونه مكتوفا وجب عليه القود اي اذا مات منه لما قدمناه
قال ـــــــ ابن الصباغ فلو خنقه زمانا لا يموت في مثله غالبا
لم يجب القود ويجب الدية مغلظة في هذه الصورة الاخيرة والقاضي
ابو الطيب ذكر القود مطلقا وهو الاصح قال ـــــــ في المستظهري
وعندي انه لا اعتبار بقدرته على الدفع والقود واجب لا سيما
اذا قلنا لا يجب عليه الدفع عن نفسه قال ـــــــ وان طرحه في
لجة بحر اي وهو بحيث لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حوت قبل
ان يصل الى الما ففيه قولان احدهما يجب القود وهو الاصح لانه لو لم
يبتلعه الحوت لكان لا يتخلص والثاني لا يجب لان اختيار الحيوان
شبهة فعلى هذا يجب الدية وقيل القولان اذا التقمه بعد ان وصل
الى الما فاما اذا التقمه قبل ان يصل الى الما فانه لا يجب القود قولا
واحدا لانه لم يهلك بفعله فلو كان الما يمكنه التخلص منه فهو عمد
خطا فلو القاه من شاهق لا يسلم منه فلقاه رجل بسيف فقده نصفين
فقتله اوجه الثالث انهما كالشريكين في القتل قال ـــــــ وان
طرحه في زبية فيها سبع فقتله او امسك كلبا فانهشه فمات او السعه
حية او عقربا يقتل مثلها كثعابين مصر وعقارب نصيبين واقاعي
مكة وجب عليه القود لما تقدم وهل يقتص بالسيف او بمثله
فيه وجهان وان لم يقتل غالبا كحيات الما وحيات الحجاز ففيه قولان

[في الهامش: فقتله]

اصحهما انه لا يجب لاسقا العمد به على ما بيناه فعلى هذا تجب الديه
على الصحيح من القولين والثاني تجب القصاص لان السم له تاثير وفي
البدن مقاتل خفيه فيكون السم ملحقا بالمحدد على هذا القول ولو انه
قيده وتركه في ارض مسبعة فيها الحيات والسباع فجا سبع او حيه
فقتله فلا قصاص ولا ديه وان اكره رجلا على قتله وجب عليه
القود لانه تسبب الى قتله عمدا عدوانا فاشبه ما لو رماه بسهم فقتله
وقيل فيه قول اخر انه لا يجب فيه القود قال ـــ وفي المكره قولان
بفتح الرا اصحهما انه يجب لانه قتله ظلما والثاني لا يجب لانه قتله
للدفع عن نفسه فاشبه ما لو صال عليه رجل فقتله في وجهه الدفع
فعلى هذا يجب عليه نصف الديه وقيل لا يجب عليه شي وجوبا مستقرا
كما لو اكره على اتلاف مال لرجل فانه لا يجب عليه وجوبا مستقرا على
الصحيح من المذهب قال ـــ بعض اصحابنا كل ما يتحقق به الاكراه
على الطلاق يكون اكراها هاهنا وقال ـــ ابن الصباغ انما
يتحقق الاكراه بالقتل والجرح الذي يخاف منه التلف والضرب
الذي يموت منه وقيل القولان اذا اكرهه الامام اما اذا اكرهه غير
الامام وجب القود قولا واحدا وان امر من لا يميز فقتله وجب القود
على الامر لانه تسبب الى قتله ولا شي على المامور لانه كالاله للامر
وهكذا الحكم لو كان عجميا لا يعرف ان طاعته لا تجوز في القتل بغير
حق قال ـــ وان امر السلطان رجلا بقتل رجل بغير حق والمامور لا
يعلم وجب القود على السلطان لان السلطان لا يقتل بيده في العاده
بل يامر به غيره فاشبه ما لو قتله بيده ولا يجب على المامور قصاص
ولا ديه ولا كفاره ولا اثم عليه لانه معذور لان الظاهر انه
لا يامر الا بالحق وطاعته واجبه قال ـــ وان علم وجب القود

على المامور لانه لا تجوز طاعته فيما لا يحل لقوله عليه السلام
لا طاعه لمخلوق في معصيه الخالق فصار كما لو قتله بغير امره وحكى
الخراسانيون والمصريون وجها ان امره نازل منزله الاكراه
فيجب القود عليه وهل يخرج بالاكراه على القتل عن الامامه
فيه وجهان وان امسك رجلا حتى قتله اخر وجب القود على
القاتل لما تقدم اما الممسك فلا قود عليه لقوله عليه السلام اعتى
الناس على الله من قتل غير قاتله ولا ديه ايضا نعم لو كان المقتول
عبدا ما لمطالبه بالضمان على كل واحد منهما والقود على القاتل
قال ـــ وان شهد على رجل فقتل بشهادته ثم رجع وقال ـــ
تعمدت ذلك وجب عليه القود كما في المكره قال ـــ وان اكره
رجلا على اكل سم قاتل فاكله فمات منه وجب عليه القود لانه سبب
يقتل غالبا وان قال ـــ لم اعلم انه سم قاتل ففيه قولان احدهما
انه يجب لان السم يقتل غالبا والثاني لا يجب لانه يجوز ان يخفى عليه
فيجعل شبهه فعلى هذا تجب الديه في اصح القولين قال ـــ
وان خلط السم بطعام فاطعمه رجلا او خلطه بطعام رجل فاكله اي
وكان الطعام بحيث لا يكسر حده السم ففيه قولان احدهما لا يجب
لانه اكله باختياره والثاني يجب لانه يوكل المباشره عرفا فان لم توجب
القصاص وجبت الديه وقيل قولان ويجب عليه قيمه ما خلط به
من طعام الغير لانه افسده وان قطع اجنبي سلعه من رجل بغير اذنه
فمات وجب عليه القود لانه متعد بالقطع والسلعه بكسر السين
غدة تكون بين الجلد واللحم تظهر كالجوزه او اكبر في الراس والبدن
وبفتح السين هي الشجه وان قطعها حاكم او وصي من صغير فمات ففيه
قولان احدهما يجب عليه القود لانه قطع منه ما لا يجوز قطعه والثاني

لا يجب لانه لم يقصد القتل بل الاصلاح فعلى هذا يجب الديه مغلظه
اما لو قطعها الاب او احد من صغر او مجنون وجبت الديه دون
القصاص وحكي في الحاوي انه لا يجب عليهما ضمان وليس بشي
قال ـــــ وان قتل رجل بسحر يقتل غالبا وجب عليه القود لان له
حقيقه وتاثيرا فان النبي عليه السلام سحر وقتلت حفصه جاريه لها
سحرتها وحكا عمر اهل خيبر حين سحروا ابنه فكوعت يده والسحر
قد يكون قولا كالرقيه وقد يكون فعلا كالتدخين وقال الاستراباذي
من اصحابنا لا حقيقه له وليس بشي ويحرم فعل السحر وتعلمه فان تعلمه
لم يكفر الا اذا اعتقد اباحته مع العلم بحرمته وذكر الغزالي
في الوسيط انه يجوز تعلم السحر وانما التحريم فعله

فصل

واذا اشترك جماعه في قتل واحد قتلوا به واعلم ان لهذا شروطا
وهو ان يكون جنايه كل واحد منهم لو انفردت ومات اضيف الهلاك
اليها وعند الاشتراك لا ينقطع الاضافه الى غيرها لانه لو لم يوجب
القصاص عليهم جعل الاشتراك ذريعه الى سفك الدما فلو اراد
الولي ان يقتل البعض وياخذ المال من البعض جاز نص عليه قال ـــــ
وان جرحه واحد جراحه وجرحه اخر مايه جراحه فمات فهما قاتلان
لان الجرح له سرايه في البدن وقد يموت من جرح ولا يموت من
جراحات والهلاك عقيب فعلهما مضاف اليهما وان قطع احدهما
كفه وقطع الاخر ذراعه فمات فهما قاتلان لان القطع الثاني
صادف نفسه ضعفت بالم القطع الاول واذا حصل الهلاك اضيف
الى القطعين جميعا قال ـــــ وان قطع احدهما يده والاخر حز رقبته
او قطع حلقومه ومريه او اخرج حشوته اي وابانها منه فالاول
جارح والثاني قاتل لان الثاني قطع سرايه الاول فلو عفا عن القصاص

على الديه وجب على القاطع ديه اليد وعلى القاتل ديه النفس قال ـــــ
وان اشترك الاب والاجنبي في قتل الابن وجب القود على الاجنبي في قتل
لان مشاركه الاب لم يغير صفه العمديه فاشبه ما لو شارك غيره قال ـــــ
وان اشترك المخطي والعامد في القتل وضربه احدهما بعصى خفيفه
وجرحه الاخر ومات لم يجب القود على واحد منهما لانه لم يتمحض
قتل العمد قال ـــــ وان جرح نفسه عامدا وجرحه اخر
او جرحه سبع وجرحه اخر فمات ففيه قولان احدهما يجب القود
على الجارح لانه شريك عامد وانما سقط ضمانه لمعنى فيه لا
لمعنى في فعله والثاني لا يجب لانه اذا لم يجب على شريك الخاطي
مع انه جنايته مضمونه فلان لا يجب هنا وجنايته غير مضمونه اولى
قال ـــــ وان جرحه واحد وداوى هو جرحه بسم غير موح اي
لا يقتل في الحال لكنه يقتل غالبا او خاط الجرح في لحم حي فمات
فقد قيل يجب القود على الجارح لان المجروح هنا لم يقصد الجنايه
فيكون فعله عمد خطا فلا يجب القود على شريكه وقيل على قولين
كالمسله قبلها اما لو كان السم موحيا اي يقتل في الحال لم يجب على
الجارح القصاص في النفس لانه قطع سرايه جرحه بالسم ولو خاط
الجرح في لحم ميت قال ـــــ وان خاط الجرح من له ولايه اي وليس
ابا ولا جدا فمات ففيه قولان احدهما يجب القود على الولي ويجب
على الجارح كما لو كان من لا ولايه له عليه والثاني لا يجب على الولي
لانه لم يقصد الجنايه وله نظر في مداواته في الجمله ولا يجب على الجارح
لانه شريك من فعله عمد خطا فعلى هذا يجب على كل واحد نصف
الديه مغلظه في ماله وقيل ما يتعلق بجنايه الولي يجب حيث يجب
ديه شبه العمد ولم يذكر في الحاوي غيره

فصل

ومن لا يجب عليه القصاص في النفس اي كالصبي والمجنون لا يجب عليه
في الطرف ومن وجب عليه القصاص في النفس اي كالمكلف الملتزم
للاحكام وجب عليه في الطرف لان ما دون النفس كالنفس في
الحاجة الى صونه بالقصاص فكان كالنفس في وجوب القصاص وعدمه
قال ومن لا ينقاد بغيره في النفس اي كالحر مع العبد والوالد
مع الولد لا ينقاد به في الطرف قال ومن اقيد بغيره في النفس
اي كالحر مع الحر والمسلم مع المسلم والعبد مع العبد اقيد به في
الطرف لان ما دون النفس كالنفس فيما ذكرناه قال وما
لا يجب القصاص فيه في النفس من الخطا وعمد الخطا لا يجب عليه
القصاص في الطرف لما ذكرناه في النفس فالاول تعرض للاهلية
والثاني تعرض للصفات المانعة والثالث تعرض لطريق التفويت
قال وان اشترك جماعة في قطع طرف دفعة واحدة قطعوا
به لانهم اشتركوا في تفويت محل معصوم بالقصاص عمدا عدوانا
فلزمهم القصاص كما لو اشتركوا في القتل قال وان
تفرقت جناياتهم اي بان قطع بعضهم بعض العضو وابانه الباقون
لم يجب على واحد منهم قود اي في ابانة العضو لان جناية كل واحد
منهم في بعض العضو فلا يقتص منه في جميعه ويجب على كل واحد
منهم حكومة على قدر جنايته ويكون مجموع الحكومات بقدر دية اليد
قال ويجب القصاص في الجروح والاعضا لقوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس الاية فاما الجروح فهي التي تشق ولا
تبين العضو فيجب في كل ما ينتهي الى عظم كالموضحة وجرح العضد والساق
والفخذ وقيل لا يجب فيما عدا الموضحة لانها لما خالفتها في تقدير
الارش خالفتها في وجوب القصاص والمنصوص هو الاول لانه يمكن

القصاص م

استيفا القصاص فيها من غير حيف لانتهائها الى العظم فوجب
فيها القصاص كالموضحة في الراس والوجه وهل يجب القصاص فيما
دون الموضحة فيه وجهان قال واذا اوضح رجلا في بعض راسه
وقدر الموضحة يستوعب جميع راس الشاج اوضح جميع راسه لقوله
تعالى والجروح قصاص والقصاص هو المماثلة ولا يمكن في الموضحة
الا بالمساحة وقيل لا بل اوضح مثل محله واخذ لما بقي من الارش بقسطه
قال وان زادت على جميع راس الشاج اوضح جميع راسه
واخذ الارش فيما بقي بقدره لانه لا يمكن النزول الى الوجه ولا القفا
لانه لا قصاص في غير العضو الذي جنا عليه واذا تعذر القصاص فيما
زاد وجب الارش فيه بقدره اي بقدر نسبته من القدر الذي اوضحه من
ارش الموضحة لان الجميع موضحة واحدة وهذا بعضها وقيل يجب
فيه تمام ارش الموضحة قال وان هشم راسه اي مع الايضاح اقتص
منه في الموضحة لاشتمال هذه الهاشمة عليها ووجب الارش فيما
زاد اي ما بين ارش الموضحة والهاشمة وهو خمس من الابل لتعذر
القصاص فيما زاد قال واما الاعضا اي الجنايات التي
تقطع الاعضا فيجب القصاص في كل ما يمكن القصاص فيه من
غير حيف اي على مفصله فتوخذ العين بالعين لقوله تعالى والعين
بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح
قصاص وتوخذ اليمين باليمين واليسار باليسار رعاية للمعادلة ولا
توخذ صحيحة بقايمة اي العين السليمة الصورة دون البصر لانه ياخذ
اكثر من حقه وتوخذ القايمة بالصحيحة لانه ياخذ اقل من حقه ويوضحه
قال فان اوضحه فذهب ضو عينه وجب فيه القود على المنصوص
غير انه لا يمس لحدقته على ما سياتي ان شا الله لانه لا يمكن اتلافه بالمباشرة

وجب القصاص فيه بالسراية فالنفس وخرج فيه قول اخر اي من
نصه فيما لو قطع اصابعه فتاكل كفه انه لا قصاص في الكف
اذ كل واحد منهما سراية فيما دون النفس وقيل يجب القود في
الصورتين لا واحدا فلو جنى على راسه فذهب عقله او على انفه
فذهب شمه او على اذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص في العقل
والسمع والشم لان هذه المعاني في غير محل الجناية بخلاف ضوء العين
مع العين قال ويوخذ الجفن بالجفن للاية ولانتهائها الى
مفصل وقيل لا قصاص فيه ويوخذ الاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل
واليمين باليمين واليسار باليسار لما ذكرنا في العين ويوخذ جفن
البصير بجفن الضرير وبالعكس ويوخذ المارن بالمارن وهو مالان
من الانف والمنخر بالمنخر لامكان القصاص فيه ويوخذ ايضا
الحاجز بينهما بالحاجز قال وان قطع بعضه قدر ذلك بالجزء
كالنصف والثلث فيوخذ مثله به رعاية للمعادلة ولا يقدر بالمساحة
كما قلنا في الموضحة لانه يودي الى اخذ جميع المارن ببعضه
في بعض الصور وذلك ممتنع قال وان جدعه اي قطع المارن
والقصبة او بعضها اقتص في المارن لامكانه واخذ الارش في القصبة
اي الحكومة لتعذر القصاص فيها قال ويوخذ الصحيح
بالمجذوم اذا لم يسقط منه شي ويوخذ غير الاخشم بالاخشم اي الذي
لا يشم لان الانف صحيح وانما ذلك لخلل في غير الانف ويوخذ الاذن
بالاذن للاية والبعض بالبعض والصحيح بالاصم والاصم بالصحيح لما
بيناه في الانف وقيل لا قصاص في بعضها قال ابن الصباغ
وهذا هو الاقيس قال ولا توخذ الصحيحة بالمخرومة لانها دونها
اي بل يتخير المجني عليه بين ان ياخذ الدية الا في قدر النقصان وبين

ان يقتص فيما سوا موضع الخرم اذا امكن ويترك من اذن الجاني ويكون
له فيه الحكومة لنقصه وتوخذ بالمثقوبة لانه يفعل للتزين به هذا
نصه وخص الخراسانيون ذلك باذن النساء وحكوا فيها وجها اخر
ان ذلك بمنزلة الخرم قال ويوخذ الانف الصحيح بالانف
المستحشف اي اليابس والاذن الشلاء اي اليابسة في اصح القولين لتساويهما
في المنفعة ولا يوخذ في الاخر كما لا توخذ اليد الصحيحة بالشلاء
ويوخذ السن بالسن للاية ولا توخذ سن بسن غيرها لما سيتضح ولا
قصاص في بعض السن وحكي في الحاوي انه اذا كسر نصف سنه
فان امكن ان يقتص منه بان يكون نصف السن بالطول اقتص منه قال
ويوخذ اللسان باللسان لان له حدا ينتهي اليه فاشبه الانف وقيل لا
قصاص في اللسان فان امكن اخذ البعض بالبعض اي كالنصف بالنصف
والثلث بالثلث اخذ وهل ذلك ممكن فيه وجهان اصحهما انه ممكن
قال ولا يوخذ لسان ناطق بلسان اخرس لانه ياخذ اكثر من حقه
اذ الخرس نقص في اللسان ويوخذ الاخرس بالناطق لانه ياخذ دون
حقه قال وتوخذ الشفة بالشفة لما ساواه في اللسان وحدها في
العرض من الوجه الى الشدقين وفي طوله الى محل الارتفاق على وجه
وما يستر عمود الاسنان على وجه وما سواه عند الانطباق على وجه
قال في المهذب هي ما جاوز حد الذقن والخدين علوا وسفلا
قال العليا بالعليا والسفلى بالسفلى لما بيناه في العين وقيل لا قصاص
فيهما لانهما لا ينتهيان الى عظم فاشبهت الباضعة وهذا اختيار الشيخ
ابي حامد قال ويوخذ اليد باليد والرجل بالرجل والاصابع
بالاصابع والانامل بالانامل والكف بالكف والمرفق بالمرفق والمنكب
بالمنكب اذا لم يخف من جائفة ويعرف ذلك بقول اهل الخبرة لان لها

مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف قال ـــ وان قطع اليد
من الذراع اقتص في الكف لانه داخل في الجناية يمكن القصاص فيه واخذ
الارش في الباقي اي الحكومة لانه كسر عظم فلا يمكن القصاص فيه فيتعين
الارش قال ـــ ولا يوخذ يمين بيسار ولا خنصر بابهام ولا انملة بانملة
اخرى اي وان تراضيا على ذلك لانها جوارح مختلفة المنافع و
الاماكن فلم يوجد بعضها ببعض كالعين مع الانف قال ـــ ولا يوخذ
صحيحة بشلا لانها دونها وشلل اليد بطلان بطشها ولا يشترط معه
سقوط الحس على الصحيح ويوخذ الشلا بالصحيحة لانه ياخذ دون حقه
الا اذا قال اهل الخبرة انه ان قطع لم تنسد العروق وخيف على
الكف لانه يودي الى اخذ نفس بطرف وذلك ممتنع وفي اجزا الشلا بالشلا
وجهان قال ـــ ولا يوخذ كاملة الاصابع بناقصة الاصابع لانه
ياخذ اكثر من حقه ويوخذ الناقصة بالكاملة ويوخذ ارش
عن الاصابع الناقصة لانه وجد بعض حقه وعدم البعض فجاز له
اخذ الموجود والعدول الى بدل المعدوم وخالفهما لو اخذ الشلا
بالصحيحة فانه ليس له اخذ الارش في الاصح الناقص لاجل الشلل
لانها مثلها في الصورة وانما فيها نقصان صفة ونقصان الصفة لا
يوخذ له ارش كنقص الكفر قال ـــ ولا يوخذ اصلي بزايد لانه
دونه ولا زايد باصلي لانهما كالجنسين وفي بعض النسخ بالاصلي ويمكن
حمله على ما اذا كان في ضمن الاصل كما لو قطع من له اربع اصابع
اصلية واصبع زايد كف من له خمس اصابع اصلية فان له ان يقتص منه
في الكف ولا ارش لها هاهنا لان الزايدة كالاصلية في الخلقة
ويوخذ الزايد بالزايد اذا لم يختلف محلهما قال ـــ وان قطع انامله
فاكل منه الكف لم يجب القصاص فيما تاكل لانه لم يتلف بجناية عمد لان

العمد فيه ان يباشر بالاتلاف ولا تحمل العاقلة دية ما تاكل لانه
وان كان حكمه حكم الخطا الا انه سراية جناية عمد قال ـــ
وقيل فيه قول مخرج اي مما لو اوضحه فذهب ضوء عينه انه يجب
القصاص لان كل واحد منهما سراية فيما دون النفس قال ـــ
ويوخذ الفرج بالفرج والشفر بالشفر والاثيان بالاثيين وان
امكن اخذ واحدة بواحدة اخذ ويعرف ذلك بقول اهل الخبرة
وقيل لا يوخذ الشفر بالشفر قال ـــ ويوخذ الذكر بالذكر لانه
يمكن القصاص فيها لان لها حدا ينتهي اليه ويوخذ الاليتان بالاليتين
وهما اللحمان الناتيان بين الظهر والفخذ وقيل لا قصاص فيهما
ويوخذ ذكر الفحل بذكر الخصي لانه مثله وعدم الانزال لمعنى
في غيره والمختون بالاغلف لانه ليس بزايد عليه وكذا بالعكس
لان تلك الزيادة مستحقة الازالة فهي كالمعدومة ويوخذ بعض
الذكر ببعض في اصح الوجهين ويعتبر ذلك بالجزء لا بالمساحة
ولا يوخذ الصحيح بالاشل لما بيناه في اليد وشلل الذكر ان لا يتغير
في حر ولا برد بالتقلص والاسترسال وذكر العنين لا شلل
فيه وانما الخلل في موضع اخر قال ـــ وان اختلفا في الشلل
فان كان ذلك في عضو ظاهر فالقول قول الجاني لان المجني عليه
يقدر على اقامة البينة على سلامة العضو والاصل عدم القصاص
فعلى هذا هل يكفي اقامة البينة على سلامة العضو قبل الجناية او لا
بد من التعرض لحالة الجناية فيه وجهان قال ـــ وان كان
في عضو باطن فالقول قول المجني عليه لعسر اقامة البينة والباطن
ما يجب ستره شرعا وقيل ما يجب ستره مروة وقيل فيهما قولان
لتقابل الاصلين وقيل ان ادعى نفي السلامة اصلا فالقول قول

قوبل

الجاني وان ادعى ذو الهلاط ربا فالقول قول المجني عليه

باب العفو عن القصاص

اذا قتل من له وارث وجب القصاص للوارث وقيل يختص بالعصبات
وقيل يختص بغير الزوجين والمذهب الاول لقوله عليه السلام من
قتل بعده قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا
اخذوا الدية والاهل يتناول الرجال والنساء ولانه جعل القود
لمن له الدية ولا خلاف ان الدية لجميع الورثة فكذلك القصاص
قال وهو بالخيار بين ان يقتص وبين ان يعفوا فان عفا عن القصاص
على الدية وجبت الدية للخبر وان عفا مطلقا ففيه قولان احدهما
لا يجب والثاني يجب وهو الصحيح واعلم ان هذا يبنى على اصل وهو
ان موجب القتل العمد ماذا وفيه قولان احدهما ان موجبه
القود عينا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والثاني
وهو الجديد الصحيح ان موجبه احد الامرين اما القصاص او الدية
فايهما اختاره كان له للخبر المذكور فان قلنا بالقديم فعفا
مطلقا لا تجب الدية لانه عفا عن حقه وهو محصور في القصاص
فسقط وقيل تجب الدية لانها خلف عن القصاص عند سقوطه
وان قلنا بالجديد وجبت الدية وقيل لفظه محتمل لانه ترك
احدهما فله استيفاء الاخر وصرفنا الترك الى القصاص لان
العفو يليق به فسقط ووجبت الدية وقيل لفظه محتمل فيراجع ويصرف
العفو الى ما يعينه قال وان اختار القصاص ثم اختار الدية
لم يكن له ذلك على المنصوص لانه ترك الدية فلم يكن له العود اليها
الا بالقصاص وهل يسقط حقه من القصاص فيه وجهان

وقيل له ذلك لان القصاص لا يعري عن امكان رجوعه الى الدية
قال وان قطع اليدين من الجاني ثم عفا عن القصاص لم يجب له
الدية لانه اخذ ما يساويها وان قطع احداهما ثم عفا عن القصاص وجب
له نصف الدية لانه اخذ ما يساوي نصف الدية قال وان كان
القصاص لنفسين فعفا احدهما سقط القصاص ووجب للاخر
حقه من الدية لان القصاص لا يتبعض ومبناه على السقوط فكان
حكمه حكم ما ذكرنا في نظيره من العتق وان اراد القصاص لم يجز
لاحدهما ان ينفرد به لما فيه من تفويت حق الاخر فان تشاحا
اقرع بينهما لتساويهما وان بدر احدهما فاقتص ففيه قولان
احدهما انه لا قود عليه لان له في المستوفى حقا فاشبه الحد
في وطء الجارية المشتركة والثاني انه يجب عليه القود لانه فوته بعض
النفس موجب للقود كما في الجماعة اذا قتلوا واحدا قال وان
عفا احدهما ثم اقتص الاخر قبل ان يعلم بالعفو او بعد العلم وقبل
الحكم بسقوط القود اي وفرعنا على انه يجب القود لانه قتله ولا
حق له فيه والثاني لا يجب لان مذهب اهل المدينة ان له القصاص
بعد عفو شريكه فجعل ذلك شبهة فان قلنا يجب فاقيد منه وجبت
الدية اي في تركة القاتل الاول نصفها للاخ الذي لم يقتله ونصفها
لورثة الاخ القاتل وان قلنا لا يجب فقد استوفى المقتص حقه
وعليه نصف دية المقتول ووجب لاخيه نصف الدية لانه بدل وممن
ياخذ فيه قولان احدهما من اخيه المقتص لان نفس قاتل ابيه
كانت مستحقة لهما فاذا قتله احدهما فقد اتلف ما يستحقه هو واخوه
فوجب عليه ضمان حق اخيه والثاني من تركة الجاني كما لو قتله
اجنبي اما لو قتله بعد العفو وحكم القاضي بصحة العفو وجب القود

لا يجب لو قتله قبل العفو ففيه قولان احدهما

قولا واحدا علم او لم يعلم كذا ذكره ابن الصباغ قال وان كان
القصاص لصبي او معتوه حبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويفيق المعتوه
جمعا بين الحقين لفقد الامكان فلو اقام كفيلا لم يقبل منه ٥ فان
كان الصبي او المعتوه فقيرين محتاجين الى ما ينفق عليهما جاز للولي
العفو على الدية للحاجة وقيل لا يجوز لانه يستحق النفقة من بيت
المال فلا حاجة الى العفو عن القصاص قال وان وثب
الصبي او المجنون فقتل الجاني فقد قيل انه يصير مستوفيا لحقه
كما لو كان عنده وديعة فاتلفها والمذهب انه لا يكون مستوفيا
لانه ليس من اهل الاستيفا لحقه وفوات النفس ليس مستندا لما
لفوات حقه بخلاف الوديعة وتظهر ثمرة الخلاف عند اختلاف
الديتين قال وان قتل من لا وارث له جاز للامام ان يقتص
وله ان يعفوا على الدية لان الحق للمسلمين فكان للامام ان يفعل ما فيه
المصلحة لهم قال وان قطع اصبع رجل فقال عفوت عن هذه
الجناية وما يحدث منها فسرت الى الكف سقط الضمان في الاصبع لعفوه
ووجب دية بقية الاصابع وفيه قول اخر انه لا يجب ومنشا الخلاف
انه عفا عما لم يجب ولكن جرى سبب وجوبه ولا يجب القصاص
لبقية الاصابع لتولده عن معفو عنه قال وان سرت الى النفس
سقط القصاص اي في النفس لما تقدم وقيل يجب القصاص في
النفس لان الفعل كان عدوانا ولم يعف عن النفس وهل تسقط
الدية فقد قيل ان ذلك وصية للقاتل اي في الحكم بدليل اعتباره
من الثلث وفيها قولان تقدم بيانهما فان قلنا لا يصح وجبت دية
النفس وان قلنا يصح وخرج من الثلث سقطت وقيل هو ابرا وليس
بوصية لان الوصية تكون بعد الموت فيصح في ارش الاصبع لتحقق

المعفو عنه بعد وجوبه ولا يصح في النفس لانه عفو قبل الوجوب
فيجب عليه تسعة اعشار الدية وهو الدية الا قدر ارش الاصبع
ويجي القول الاخر الذي حكيناه قال في المهذب هل هو
وصية او ابرا فيه قولان قال وان وجب القصاص على رجل في
النفس فمات او في الطرف فزال الطرف اي وله مال وجبت الدية
لان ما ضمن بشيئين على سبيل البدل اذا تعذر احدهما وجب الاخر
كذوات الامثال

فصل

ولا يجوز استيفا
القصاص الا بحضرة السلطان او اذنه لان للعلما اختلافا في وجوب
القصاص في مواضع ولا يومن ان يقتص فيما لا قصاص فيه فلو استوفاه
من غير سلطان عزر على المنصوص قال وعليه ان يتفقد الاله
التي يستوفى بها لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل
شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة قال
فان كان من له القصاص يحسن الاستيفا مكنه منه للخبر وتحقيقا
لحكم شرعية القصاص واعلم ان هذا في النفس واما في
الطرف فلا يمكن من الاستيفا لانه لا يومن مع قصد التشفي ان
يجني عليه بما لا يمكن تلافيه هذا نقل العراقيين وقال الخراسانيون
يمكنه من الطرف ايضا على اصح الوجهين قال وان لم يحسن امر
بالتوكيل خوفا من الحيف فان لم يوجد من يتطوع استوجر من خمس
الخمس لانه من المصالح فان لم يكن استوجر من مال الجاني لان الحق عليه
فكانت اجرته لازمة عليه كاجرة الكيال في الطعام المبيع وقال
الخراسانيون نص الشافعي في الحد على ان اجرة الجلاد في بيت المال
ونص في القصاص على اجرته على الجاني فقيل بتقرير وجوب النصين
وقيل فيهما قولان بالنقل والتخريج منشاهما ان الواجب التمييز او التمكين

قال ـــــ وان وجب القصاص على حامل لم يستوف حتى تضع وتسقي
الولد اللبا ويستغني عنها بلبن غيرها ولو بهيمه حفظا للولد وان لم
يصبر وخالف وقتلها ومات الولد وجب عليها القصاص بسببه ولا يوخر
بعد الفطام الى ان يكفله غيرها بخلاف الحد وان كان مبناه على
المسامحه ولهذا الاحسن فيه الحامل بخلاف القصاص قال ـــــ وان ادعت
الحمل فقد قيل يقبل قولها لانه محتمل وهي عاجزه عن اقامه البينه
على ذلك فعلى هذا تحبس الى ان يتبين امرها فلو كان زوجها يطاها
امتنع استيفا القصاص على هذا الوجه وقيل لا يقبل قولها حتى
يقيم بينه بالحمل اي ربعا من القوابل يشهدون بذلك او ظهور
مخايل الحمل لان القصاص لا يوخر بالشك قال ـــــ وان اقتص
منها فتلف الجنين من القصاص وجب ضمانه على العاقله ان انفصل ميتا
ويجب الديه ان انفصل حيا وبقي متالما حتى مات لما سياتي واما اذا لم
ينفصل او انفصل حيا ولم يكن به الم فلا ضمان قال ـــــ وان
كان السلطان علم به فعليه ضمانه اي سوا كان الولي عالما او جاهلا
لان السلطان هو الذي مكنه من الاستيفا والولي انما يرجع الى
اجتهاده وان لم يعلم به وعلم الولي فعليه ضمانه لانه المباشر
والسلطان لما لم يعلم بالحمل لم يكن مسلطا على اتلافه فعلى هذا
يوخذ ديه الجنين من العاقله لان موت الجنين بهذا السبب لا يتيقن
قال ـــــ وان لم يعلم واحد منهما فقد قيل على الامام كما لو كانا
عالمين وقيل على الولي لانه المباشر والسلطان لما لم يعلم سقط عنه
حكم اجتهاده وقال ـــــ لكن الخراسانيون ان كانا عالمين فثلاثه اوجه
الثالث انه يجب ضمانه عليهما قال ـــــ وان قتل واحد جماعه
او قطع عضوا من جماعه اقيد بالاول لسبقه واخذت الديه

للباقين كما لو مات وقيل اذا قتلهم في المحاربه قتل في مقابله الجميع
قال ـــــ وان قتلهم او قطعهم دفعه واحده او اشكل الحال
اقرع بينهم لتساويهم وقال ـــــ بعض الخراسانيين يقتل بالجميع
ويرجع كل واحد منهم الى ما يخصه من الديه ولو كان بعضهم
حاضرا قدم على الغايب في قول فان بدر واحد منهم فقتله او
قطعه فقد استوفى حقه وان اسا بالتقدم ووجبت الديه للباقين
لتعذر القصاص قال ـــــ وان قتل وارتد او قطع وسرق
اقتص للادمي ودخل فيه حد الرده والسرقه لان حق الادمي مبني
على التشديد وفي تقديمه تحصيل مقصود حق الله تعالى من وجه
قال ـــــ وان قطع يد رجل ثم قتله قطع ثم قتل طلبا للمماثله في
وان قطعه فمات عنه قطعت يده فان مات والا قتل لانه اقرب
الى المماثله قال ـــــ وان قطع يد رجل من الذراع او اجافه
فمات ففيه قولان احدهما يقتل اذ لا قصاص في كسر الذراع
والجايفه والثاني يجرح كما جرح فان مات والا قتل طلبا للمماثله
بقدر الامكان قال ـــــ ومن قتل بالسيف او بالسحر لم يقتل الا
بالسيف اما في السيف فطلبا للمعادله واما في السحر فلانه لا مثل
له لانه محرم والسيف اوحى الالات في السيف وطلبا للمعادله
واما في السحر فلانه لا مثل له فتعين اما لو اوضح راسه بالسيف
لم يستوف بالسيف لانه لا يومن ان يهشم العظم ولكن يستوفي
بحديده ماضيه كالموسى ونحوه قال ـــــ وان قتل باللواط او
سقي الخمر فقد قيل يقتله بالسيف لما بيناه وقيل يعمل في اللواط
مثل الذكر من الخشب فيقتل به وفي الخمر يسقى الما فيقتل به وقيل
يسقى الخل لانه اشبه بفعله وحكى الخراسانيون وجها اخر ان اللواط

ان اللواط لا يجب به القصاص لان المقصود به طلب اللذه فان
عمد خطا قال وان غرق وحرق او قتل بالخشب او بالحجر
فله ان يقتله بالسيف لانه اوحى واروح من التعذيب وله ان يفعل
به مثل ما فعل لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
فان فعل به مثل ذلك فلم يمت ففيه قولان احدهما يقتله بالسيف
لانه فعل به مثل ما فعل ولم يبق الا ازهاق الروح فتعين اوحى
الالات وهو السيف والثاني يكرر عليه مثل ما فعل الى ان
يموت لانه اشبه بفعله ولئلا يوالي عليه بين نوعين من العذاب
قال في الجائفه وقطع الطرف فانه لا يوالي لما فيه
من اخذ طرفين بطرف وجائفتين بجائفه وقيل يوالي عليه في
الجائفه بمثلها

فصل ومن وجب له القصاص
في الطرف استحب له ان لا يعجل في القصاص حتى يندمل المقطوعه
ليعلم ما يستقر عليه الجنايه فان اراد العفو منه على الديه
قبل الاندمال ففيه قولان احدهما يجوز كالقصاص فعلى هذا
كم يعطي فيه وجهان احدهما ارش الجنايه والثاني يعطى اقل الامرين
من ارش الجنايه او ديه النفس والثاني لا يجوز لان الارش لا يستقر
قبل الاندمال بخلاف القصاص قال فان اقتص في الطرف
فسرى الى نفس المجني عليه ثم الى نفس الجاني فقد استوفى حقه
اذا السرايه كالمباشره في ايجاب القصاص وكذلك في استيفائه
وان سرى الى نفس الجاني ثم الى نفس المجني عليه فقد قيل
تكون السرايه قصاصا لان المقصود المقابله وقد حصلت
والمذهب ان السرايه هدر لانها سابقه فلا تكون قصاصا ويجب نصف
الديه في تركه القاتل لانه اخذ بقدر النصف بلا اخر قال وان

قلع سن صغير لم يثغر اي لم تسقط رواضعه لم يجز ان يقتص حتى
يوئس من نباتها اي بان يمضي زمان يقول اهل الخبره انه اذا انتهى اليه
انه لا ينبت لان عند ذلك يتحقق فساد المنبت . انما قول لا حجر انه
لا قصاص في سن الصبي اصلا لانها فضله في الاصل قال
ابو حامد اذا قلع سن من ثغر سال اهل الخبره فان قالوا لا يعود
وجب القود في الحال وان قالوا يرجى عودها الى مده انتظر ذلك
وخالفه اكثر الاصحاب وقالوا يجب القود في الحال من غير سوال
وهو القياس قال وان وجب له القصاص في العين
بالقلع لم يمكن من الاستيفا خوفا من الحيف بل يومر بالتوكيل فيه وتقلع
بالاصبع طلبا للمماثله وقيل تقلع بالحديد واعلم ان هذا فيما اذا
كان الجاني قلع بالاصبع اما لو قلع بالحديد لم يستوف بالاصبع
قال وان كان فلطمه حتى ذهب الضو فعل به مثل ذلك فان لم
يذهب الضو وامكنه ان يذهب من غير ان يمس الحدقه اي لتقريب
حديده محميه الى العين او وضع الكافور فيها فعل وان لم يمكن
اخذت الديه لتعذر القصاص ولا تقلع العين لانه قصاص في غير محل
الجنايه قال في المهذب ويحتمل عندي ان لا يفعل منه مثل ما
فعل وعليه انه لا قصاص في اللطم فاشبه ما لو هشم راسه فذهب
ضو عينه قال وان وجب له القصاص في اليمين فقال اخرج
يمينك اي لاقطعها فاخرج يسارا عمدا فقطعها لم تجزه عما عليه
غير انه لا يقتص منه في اليمين حتى تندمل المقطوعه بخلاف ما لو قطع يديه
ورجليه متفرقا فاراد القصاص متواليا فان له ذلك لان تلك الولا
متولد من الحق وها هنا متولد من جراحتين احداهما حق والاخرى
ليس بحق وقال بعض الخراسانيين لا فرق بين المسلتين وهما

على القولين ولا يجب على القاطع الضمان اذا قال الجاني علمت انها ايضا
لا تجزي عن اليمين لكنه يتعذر ويفارق ما لو قطع يد سارق حيث قلنا
يجب الضمان لان هاهنا تحقق البدل ولم يستدع منزل منزلة الاذن
وها هنا لم ٥ قال ـــــ وان قال فعلت ذلك غلطا او ظننت انه يجزي
او ظننت انه طلب مني اليسار نظرت في المقتص فان قطع وهو جاهل
اي بانها اليسار فلا قصاص عليه لبذل صاحبها وجهله وهو وجب
عليه الدية لانه لم يسلم الجاني المبدل وقد تلف البدل فيرجع الى البدل
وقيل لا يجب الدية لانه قطعها ببذل صاحبها وان قطع وهو عالم
فالمذهب انه لا قصاص لانه قطعها ببذل صاحبها فعلى هذا
يجب الدية وقيل يجب القصاص لانه تعمد قطع يد محرمة قال ـــــ
وان اختلفا في العلم به اي في علم الباذل بانها اليسار وان قطعها
لا تجزي عن اليمين فالقول قول الجاني اي الجاني او لا يعلم منه لانه
اعرف بنفسه فان حلف ثبت له بدل اليسار فان نكل حلف
المجني عليه وسقط بدلها قال ـــــ وان تراضيا على قطع اليسار
فقطع لزمه دية اليسار اذ الصلح فاسد لان البدل لا يستباح بالعوض
ولا قصاص للشبهة وسقط قصاصه في اليمين لانه رضي بترك
ولكن يجب له الدية وقيل لا يسقط لانه لم يسلم له البدل فبقي حقه
في المبدل قال ـــــ وان كان القصاص على مجنون فقال له اخرج
يمينك فاخرج اليسار فقطعها فان كان المقتص عالما وجب عليه
القصاص وان كان جاهلا وجبت عليه الدية لان بذل المجنون لا يصح ٥

باب من لا يجب عليه الدية ما الجناية

لا يجب الدية على الحربي لانه غير ملتزم للاحكام ولا على السيد في قتل
عبده لانها لو وجبت لوجبت له ولا على من قتل حربيا او مرتدا لانه مهدر
الدم فان ارسل سهما على حربي او مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فقتله
لزمه دية مسلم اذ الاعتبار في الدية بحال استقرار الجناية بدليل
ما لو قطع يدي رجل ورجليه ثم سرى الى نفسه فمات وقيل لا يلزمه
لانه وجد التسبب منه في حال هو مامور بقتله فاشبه ما لو جرحه
ثم اسلم ومات فانه لا يجب الدية على المذهب قال ـــــ ومن قتل
من وجب رجمه بالبينة او للحكم قتله بالحجارة لم يلزمه الدية لانه مهدر
وان فوض قتله الى غيره واما لو وجب رجمه بالاقرار ضمنه بالدية
وتضمنه المسلم بالقصاص على احد الوجهين فان ثبت بالبينة قياسا على
الذمي قال ـــــ ابن الصباغ اذا قتل المسلم الزاني المحصن وقلنا
لا يجب عليه القصاص فهل يجب عليه الدية فيه وجهان قال ـــــ
ومن قتل مسلما تترس به المشركون في دار الحرب فقد قيل ان علم انه
مسلم وجبت الدية وان لم يعلم لم يجب لانه يجب توقيه مع العلم
دون الجهل وقيل ان عينه بالرمي وجبت ديته لتعديه وان لم يعينه
لم يجب لانه معذور وقيل فيه قولان احدهما يجب لانه ليس من
جهته تفريط في الاقامة بين الكفار والثاني لا يجب لان القاتل
مضطر الى رميه وهذه الطرق جارية في كل موضع جوزنا
الرمي واما الكفارة فهي واجبة على الطرق الثلثة لقوله تعالى فان
كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة وقوله من قوم اي في
قوم يعني من قتل مومنا وهو مقيم بين الكفار ٥

باب ما يجب به الدية من الجنايات

اذا اصاب رجلا بما يجوز ان يقتل فمات منه وجبت الدية اما اذا كان

حطا فلا ابه واما اذا كان عمدا فللخبر السابق واما اذا كان شبه
عمد فلقوله عليه السلام الا ان قتيل العمد والخطا قتيل السوط
والعصا فيه مايه من الابل قال وان القاه في ما او نار من يموت
في مثله فمات وجبت الديه لان الهلاك مضاف الى فعله وان امكنه
ان يتخلص فلم يفعل حتى هلك ففيه قولان اصحهما انه لا تجب ديته
والثاني تجب كما لو قدر على مداواة الجرح فتركه حتى مات
والمذهب الاول لان الهلاك حصل بمقامه في النار وهو باختياره
فاشبه ما لو خرج منها ثم عاد اليها فعلى هذا يجب على الملقي ارش ما
عملت فيه النار من حين القاه الى حين امكنه الخروج ويعلم امكان الخروج
بان يقول يمكنني الخروج ولا اخرج وقيل لا تجب الديه في الما قولا واحدا
لان العاده جاريه بالخوض في الما الذي يمكن التخلص منه فلا يكون
الالقا فيه اهلاكا بخلاف الالقا في النار قال وان القاه على افعى
او القاها عليه او القاه على اسد او القاه عليه فمات وجبت
الديه لانه هلك بسببه قال في التتمه لا تجب الديه في مساله
الحيه لانها لا تمسك وهي كالقاتل ما في الاسد فان كان لا يمكن التخلص
منه وجب القصاص والا فهو كما لو القاه في ما يمكنه التخلص منه
قال وان سحر رجلا بما لا يقتل في الغالب وقد يقتل فمات منه
وجبت الديه اي مغلظه في ماله لانه اتى بعمد الخطا ويعرف ذلك
باقراره او بان يشهد شاهدان من السحره بعد توبتهما ان الذي اقر انه
سحره به هذا شانه قال وان ضرب الوالد ولده او المعلم الصبي او
الزوج زوجته او ضرب السلطان رجلا في غير حد فادى الى الهلاك
وجبت الديه لان المشروع هو التاديب دون القتل فلما ادى الى الهلاك
علمنا انه اخطا في اجتهاده وان الذي اتى به لم يكن مشروعا قال

وان سلم الصبي الى السابح فغرق في يده وجبت الديه لان في الغالب
لا يغرق الا بتفريط من جهة السابح فكان عمد خطا فان غرق البالغ
مع السابح لم تجب الديه لانه في يد نفسه ولا ينسب هلاكه الى تفريط
غيره وحمل الخراسانيون وجها انه تجب ديته كالصبي قال
وان صاح على صبي فوقع من سطح فمات او صاح على بالغ وهو غافل
فوقع فمات وجبت الديه لان الصياح سبب لوقوعه ثم ان كان الصياح
عليه فهو عمد خطا وان كان على غيره فهو خطا وقيل لا تجب الديه
في البالغ العاقل قال فان صاح على صبي فزال عقله وجبت
ديته لما تقدم وهو عمد خطا وقيل عمد محض يجب القصاص وان
صاح على بالغ وهو متيقظ فزال عقله لم تجب الديه لان معه من الضبط
ما يمنعه عند تيقظه من ذلك فدل على انه لم يكن من الصياح قال
وان طلب بصيرا بالسيف فوقع في بير فمات لم يضمن لانه سبب غير
ملجي فقدمت المباشره عليه كما لو خاف منه فقتل نفسه وان طلب
ضريرا بالسيف فوقع في بير فمات لم يضمن لانه سبب ملجي كما ضمن
لانه الجاه اليه فاشبه شهود القتل واعلم ان هذا مفروض فيما
اذا لم يكن الضرير عالما بالبير وكان البصير عالما بها فلو علم بها
الضرير دون البصير كان الحكم بالعكس فالاعتبار بالعلم والجهل
لا بالبصر والعمى قال وان ضرب بطن امراه فالقت جنينا ميتا
وجب ضمانه وان بعث السلطان الى امراه حامل ذكرت بسو فاجهضت الجنين
اي اسقطته وجب ضمانه لان ذلك سبب لهلاكه عاده قال وان رمى
الى هدف فاخطا فاصاب ادميا فقتله وجبت الديه بلا ابه وان ختن
الحجام فاخطا فاصاب الحشفه وجب عليه الضمان لانه فوت بما لم يوذن
في تفويته من غير ضروره قال وان امتنع من الختان فختنه الامام

في حر شديد او برد شديد فمات فالمنصوص انه يجب الضمان وقيل
قولان بالنقل والتخريج احدهما لا يجب الضمان لانه هلك بما هو مستحق
عليه والثاني يجب لانه متعد وقيل تنفرد بين النصين والفرق من وجهين
احدهما ان الحد منصوص عليه والختان ثبت بالاجتهاد والثاني
ان الختان ليس فيه ما اصل الى الحاكم ولا كذلك الحد وان قلنا يضمن ففي
قدره وجهان احدهما جميع الدية والثاني نصفها وعلى من تجب فيه
قولان احدهما عليه والثاني على بيت المال قال وان حفر بيرا
في طريق المسلمين او وضع فيه حجرا او طرح فيه ماء او فرش بطيخ فهلك
به انسان وجب عليه الضمان لانه متعد به فاشبه ما لو جنى عليه هذا
ما اذا لم يعلم به الانسان اما اذا علم وتعمد وضع رجله عليه حتى هلك فلا
ضمان قال وان حفر بيرا ووضع اخر حجرا فعثر انسان بالحجر
ووقع في البير ومات وجب الضمان على واضع الحجر اي اذا لم يكن في ملكه
لانه هو الذي القاه في البيرة وان حفر البير في طريق واسع لمصلحة
المسلمين اي ولم يضر بالمارة او بنى مسجدا او علق قنديلا في مسجد او فرش
فيه حصيرا او لم ياذن له الامام في شي من ذلك فهلك به انسان فقد قيل
يضمن لانه متعد بافتياته على الامام فاشبه ما لو حفر البير لنفسه وحكي
في الحاوي فيما اذا بناها لم ينتفع هو بها وجها واحدا انه لا يضمن
وقيل لا يضمن لانه فعله لمصلحة المسلمين وقد يحتاجون الى ذلك فاشبه
ما لو فعله باذن الامام قال وان حفر بيرا في ملكه او في موات
ليتملكها او لينتفع بها فوقع فيها انسان فمات لم يضمن لانه غير
متعد في ذلك اذ له الانتفاع بملكه وبالموات وان حفر بيرا في ملكه
واستدعى رجلا فوقع فيها وهلك فان كانت ظاهرة لم يضمن لانه لا يعذر
من جهته وان كانت مغطاة اي ولم يعلمه بها فقولان كما لو قدم طعاما مسموما

قال ... وهو الاصح

الى رجل فاكله قال وان كان في داره كلب فاستدعى انسانا فعقره
ففيه القولين وقيل لا يجب الضمان قولا واحدا لان الكلب اختيارا ويمكنه
دفعه بعصا او غيرها قال وان امر السلطان رجلا ان ينزل الى
بير او يصعد الى نخلة لمصلحة المسلمين فوقع فمات وجب ضمانه قال في
التهذيب يجب ضمانه ان قلنا ان امره يكون اكراها نظرا الى سطوته
ووجوب طاعته وهل يكون على عاقلته او على بيت المال فيه قولان وقيل
ان كان امره بذلك لمصلحة نفسه فالضمان على عاقلته قال وان
امره بعض الرعية فوقع ومات لم يضمن لانه هلك بفعل هو مختار فيه
قال وان بنى حايطا في ملكه فمال الى الطريق ولم ينقضه حتى
وقع على انسان فقتله لم يضمن على ظاهر المذهب لان الميلان حدث
بغير فعله فاشبه ما لو سقط من غير ميل وقيل يضمن وهو اختيار
ابي الطيب الطبري لانه فرط بتركه مايلا فاشبه ما لو بناه مايلا الى
الطريق وعلى هذا كم يضمن ينظر فان كان الذي تلف به المايل وحده
ضمن جميع الدية وان كان بالمايل واصل الجدار ضمن نصف الدية
وان كان باصل الجدار وحده فلا ضمان قال وان وضع جرة
على طرف سطح فرماها الريح فمات بها انسان لم يضمن لانه غير متعد
بوضعها في ملكه ووقوعها كان بغير فعله وان اخرج روشنا
الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن نصف الدية لانه هلك بسببين
احدهما ما كان خارجا منه الى الطريق وهو مضمون عليه بشرط
سلامة العاقبة كالرمي الى الصيد والاخر ما كان منه في ملكه وهو
غير مضمون عليه فقسط على السببين ونصف الدية ههنا يجب على
العاقلة لانه خطا محض مضمون قال وان قصف من خشبة
الخارج شي فهلك به انسان ضمن جميع الدية لانه هلك بما هو مضمون

عليه وهذه مسله يقال فيها رجل لو قتل رجلا لحسبه وجب عليه
نصف الديه ولو قتله بعضها وجب عليه كمال الديه قال وان
نصب ميزابا فوقع على انسان فاتلفه فهو كالروشن اي اذا كان الطريق
نافذا لانه في معناه وقيل لا يضمن لاضطرار اليه بخلاف الروشن
وذكر في المهذب ان هذا هو القول القديم والذي قبله هو الجديد
قال في المستظهري ولا فرق في الحديد بين ان نصب الطرف
الذي في الحايط وبين ان نصب الطرف الذي في الهوى وكذا الحكم في بعض
الروشن ايضا قال وان كانت معه دابه فاتلفت انسانا
بيدها او رجلها وجب عليه الضمان لان يده عليها فكان فعلها
منسوبا اليه سوا كان مالكا او مودعا او غاصبا ولو كان معه قايد
او سايق فالضمان عليهما نصفين وان كان احدهما راكبا اختص
الضمان به في احد الوجهين ولو اوقف دابه على طريق المسلمين
فاتلفت شيا ضمنه سوا كان واسعا او ضيقا ولو بالت في الطريق فزلق
به انسان ومات وجب عليه ضمانه قال وان اتلفت زرعا فان
كان بالنهار لم يضمن ما اتلفته وان كان بالليل ضمن لان النبي عليه
السلام قضى على ان اهل الحوايط حفظها بالنهار وعلى اهل المواشي
حفظها بالليل وقيل ينظر الى عرف البلد وقيل ان كان صاحبها
يعلم انه لو تركها اتلفت مال الغير فان كان المرعى قرب الزرع ضمن
ما تتلفه بالنهار وان كان المزارع حيطان لم يجب على صاحب الماشيه
حفظها بالليل ويحمل الحديث على غير هذه الصوره فهل يلحق ابتلاع
الجوهره وشبهها بالزرع فيه وجهان قال وان اتلفت
بالليل والمتلف فان كان بتفريط منه في حفظها ضمن لتفريطه وان
لم يكن بتفريط منه لم يضمن لقوله عليه السلام جرح العجمى جبار اي هدر

قال وان كان له طير عقور ولم يحفظه فقتل انسانا اي ابتلاه ان
اوهنا ضمنه فهي معناه الهره للتي تاكل الطيور وقيل لا ضمان عليه
لان العاده لم تجر بربط الكلاب والسنانير في البيوت فاشبه ما لو ارسل
طيره فالتقط حبا لغيره والمذهب الاول لانه مفرط اما لو لم يكن
عقورا فهو كالماشيه على احد الوجهين قال وان قعد في طريق
ضيق فعثر به انسان وماتا وجب على كل واحد منهما ديه الاخر
لان كل واحد منهما قتل صاحبه بسبب هو مفرط فيه واعلم ان
الديه يجب على عاقلتهما لا عليهما اما لو كان الطريق واسعا
فان ديه القاعد على الماشي لانه غير مفرط في القعود ويهدر ديه
الماشي قال الخراسانيون ان تعثر بواقف فضمان الواقف على
الماشي اي على عاقلته والماشي مهدر وان عثر بقاعد فضمان الماشي
على القاعد والقاعد مهدر هذا نصه وقيل قولان لنقل والتخريج
وان اصطدما وماتا وجب على كل واحد منهما نصف ديه الاخر سوا
كانا راجلين او راكبين لان كل واحد منهما هلك بفعل نفسه
وفعل صاحبه بخلاف المسله قبلها فاهدرنا النصف ووجب النصف
واعلم ان الديه تجب على العاقله فلا مخففا ان لم يقصدا الاصطدام
ومغلظا ان قصد الاصطدام وقال الخراسانيون ان قصد
الاصطدام وجب عليهما لا على العاقله وعلى هذا يدل كلام الشيخ
رحمه الله الا ان المنصوص هو الاول لان الاصطدام لا يقتل غالبا
فكان عمد خطا قال وان اصطدم امراتان حاملان فماتتا وماتت
جنينا هما وجب على كل واحده منهما نصف ديه الاخرى ونصف
ديه جنينها ونصف ديه جنين الاخرى لان الهلاك منسوب الى فعلها
واعلم انه يجب على عاقلتهما لا عليهما لما تقدم ويجب في تركه كل

واحده منهما اربع كفارات وان قلنا بتداخل الكفارات وجبت على
كل واحده كفارتان قال بعض اصحابنا هذا اذا سقطتا
على القفا وان سقطتا على الوجه هدر دمهما وان سقطت احداهما
على الوجه والاخرى على القفا هدر دم الذي سقطت على الوجه
ولم يهدر دم التي سقطت على القفا قال ولو ارتطم فارسان
اي على فرسين او بغلين او احدهما على بغل والاخر على فرس او حمار
من ذلك ولا يد له عليهما فاصطدما وماتا وجب على اليد راكبيهما
ضمان ما هي كل واحد منهما على نفسه وعلى صاحبه لان الهلاك
حصل بفعل هو مفرط فيه ولو رجا بانفسهما او اركبهما الولي فهما
كالبالغين قال في الحاوي ولو جذب رجلان ثوبا بينهما
فتخرق فان كان لهما وجب على كل واحد منهما لصاحبه ربع ارش
الخرق وان كان لاحدهما على الذي لم يملك للاخر نصف ارش
وان كان لغيرهما وجب على كل واحد منهما نصف ارش قال
وان اصطدم سفينتان فهلكتا وما فيهما فان كان ذلك بتفريط من القيمين
اي بان قصرا في آلتهما وامكن ضبطهما بالانحراف فلم يفعلا او سيرا
في ريح شديد لا تسير السفينة في مثلها فهما كالرجلين اذا اصطدما
اي كالفارسين ثم ينظر فان قصدا الاصطدام وقال اهل الخبره
انه تقتل غالبا فهو عمد محض والا فهو عمد خطا يوجب ضمان
النفوس على العاقله وضمان المال عليهما قال في المستظهري
واختلف اصحابنا هل يصح في ذلك العمد المحض فقال ابو اسحق يصح العمد
الموجب للقود وقال الشيخ ابو حامد لا يصح العمد المحض قال
الشيخ رحمه الله وان كان بغير تفريط اي مثل ان اشتدت الريح ولم
يمكنهما امساكهما ففيه قولان لاحدهما انهما كالرجلين لا بهما في ايديهما

وكان ما يتولد منهما عليهما كالفارسين اذا اصطدما وقد عجزا عن
ضبط الفرسين والثاني لا ضمان على واحد منهما لان ذلك
منسوب الى الريح فاشبه ما لو نزلت صاعقة فاحرقتهما وقيل القولان
اذا لم يكن منهما فعل اي لا ابتداء ولا انتهاء وذلك يكون في المراكب
الكبار التي ينصب القيم الشراع ويمد الحبال ويقيم المركب نحو
الريح حتى اذا هبت دفعته فاما اذا سير السفن ثم اصطدمت
وذلك يكون في السفن الصغار التي تجري بالمقاذيف وجب الضمان
قولا واحدا لان ابتداء الفعل منهما وقيل القولان اذا لم يكن منهما
فعل اي في المراكب الكبار والسفن الصغار وقيل القولان في الجميع
اي سواء كانتا واقفتين او سائرتين وسواء كانتا من السفن الصغار
او الكبار لان الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام والسفينة
لا يمكن ضبطها عند غلبة الريح عليها وقال الخراسانيون ينبغي
ان يطرد القولين في الفارسين ايضا فان قلنا لا يجب الضمان
وكانت السفن وما فيها لغيرهما فان كانت معهما وديعة
لم يضمناها وان كانت مستاجره والمتاع حملاه باجره لم يجب
ضمان السفن واما المال فان كان صاحبه معه لم يضمناه وان لم يكن
بني على الاجير المشترك قال وان رمى عشره انفس حجرا
بالمنجنيق فوقع عليهم وقتل واحدا منهم سقط من ديته العشر
ووجب تسعه اعشارها على الباقين لان الهلاك حصل بفعل الجميع
فتسقط الديه على الجميع ويجب ذلك على العاقله لان العمد
المحض هاهنا لا يتصور ويجب عليهم مخففه ان كان خطا ومغلظه
ان كان عمد خطا وهكذا لو اصابت العشره بحجر المنجنيق رجلا
فقتلته وجبت الديه على العاقله اذ لا يتصور قصد رجل بعينه بالمنجنيق

وقال الغزالي رحمه الله ويكون عمدا محضا قال وان
وقع رجل في بير وجذب ثانيا والثاني ثالثا والرابع رابعا وماتوا وجب
للاول ثلث الدية على الثاني والثلث على الثالث ويهدر الثلث لانه
هلك بثلثة اسباب فعله وهو جذبه الثاني وفعل الثاني وهو جذبه
الثالث وفعل الثالث وهو جذبه الرابع فيقسط على الاسباب
الثلثة وسقط ما يخص فعله فان قيل بل هلك بهذه الاسباب
الثلثة وبصدمة البير فيهدر الربع اذا لم يكن الحافر متعديا ووجب
على الحافر ايضا ربع الدية اذا كان متعديا بهذا قلنا هو كذلك
اذا كانت البير مما لا يبقى سليما بالوقوع فيها وفي مسئلتنا نفرض ان البير
مما يبقى سليما مع الوقوع فيها قال ويجب للثاني ثلث الدية على
الاول والثلث على الثالث ويهدر الثلث لانه هلك بثلثة اسباب
جذبه الاول وجذبه هو الثالث وجذب الثالث الرابع فيقسط الدية
على ثلثة اسباب وسقط ما يخص فعله قال ويجب للثالث
نصف الدية على الثاني ويهدر النصف لانه هلك بسببين جذب
الثاني له وجذبه هو الرابع فيقسط الدية على السببين وسقط
ما يخص فعله وقيل يسقط الثلث ويجب الثلثان اي ثلث على الثاني
وثلث على الاول لانه مات بثلثة اسباب احدها جذب الاول
للثاني مع ما ذكرنا قال ويجب للرابع الدية على الثالث
لانه هلك بجذبه له وقيل يجب على الثلثة اثلاثا والثاني والثالث
لان وقوعه منسوب الى الجذبات الثلث واعلم ان الوجوب في هذه
المسئلة يكون على العاقلة لا على المباشر فينبغي ان يأول عليه كلام الشيخ
فيقال المراد من قوله وجب للاول ثلث الدية على الثاني اي على عاقلة
الثاني وكذا الى اخر المسئلة قال في الشافي هذا اذا وقع الثاني

على الاول فثبت عليه ثم وقع الثالث على الثاني واما لو وقع كل واحد
منهم ناحية من البير فدم الاول هدر ودم الثاني على عاقلة الاول
ودم الثالث على عاقلة الثاني وان وقع رجل في بير فوقع عليه اخر
ووقع ثالث عليهما من غير جذب فضمان الاول على الثاني والثالث
وضمان الثاني على الثالث في قول الشيخ ابي حامد وعلى قول القاضي
ابي الطيب نصف ديته هدر فعلى هذا ينبغي ان يهدر نصف دية
الاول ايضا قال وان تجارح رجلان وماتا وجب على كل واحد
منهما دية الاخر لانه قاتله فان ادعى كل واحد منهما انه جرح
للدفع عن نفسه لم يقبل بل القول قول كل واحد منهما انه لم يقصد
جرح صاحبه فاذا حلفا وماتا بالسراية وجب على كل واحد منهما دية
الاخر لان الجرح الساري موجود وما يدعيه من قصد الرفع لم يثبت
فوجب الضمان ع

باب الديات

ودية الحر مائة من الابل بالاجماع ه فان كان القتل عمدا او شبه
عمد وجبت الابل اثلاثا ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون خلفة
في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل عمد الخطا
قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون خلفة
في بطونها اولادها فان اختلف في كونها خلفات فالرجوع الى
اهل الخبرة واذا وجبت اثلاثا في عمد الخطا ففي العمد اولى وهل
يشترط ان يكون الخلفة ثنية فما فوقها فيه قولان قال
وان كان خطا وجبت اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت
لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة
لانه روي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وروي سليمان بن يسار

انهم كانوا يقولون ذلك قال وان قتل في الاشهر الحرم
وهي ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب او في الحرم او قتل
ذا رحم محرم وجبت ديته مغلظة خطا كان او عمدا لانه روي
عن الصحابة رضي الله عنهم انهم غلظوا في هذه المواضع الثلثة
وان اختلفوا في كيفية التغليظ وهل يلحق به حرم المدينة فيه
وجهان وما يجب فيه الدية من الاطراف فهو كالنفس في الدية
المغلظة والمخففة قال وفي عمد الصبي والمجنون قولان احدهما
انه عمد لان حقيقة العمد روية قبل الفعل وهي ان يتفكر هل
يقتل ام لا ويتفكر بعد الفعل هل كان ما فعله صوابا ام لا وقد
تحقق ها هنا اذا الكلام في الصبي الذي له تمييز والمجنون الذي له
تمييز حتى لو عدم ذلك كان فعله خطا بلا خلاف واذا تحقق العمد
وجب ان يترتب عليه الاحكام الا ان الشرع رفع عنهما
العقوبات تخفيفا فبقي الضمان بالمال على قضية الدليل فيجب دية
مغلظة عليهما في مالهما والثاني انه خطا لان الشارع جعل
فعلهما كالمعدوم في حكم الخطاب وموجب الاقوال فيجعل كالمعدوم
حكما حتى يصير كالمخطي ولهذا لا يلحقه المأثم بالقتل ولا يجب
عليه القصاص ويظهر فايدة الخلاف في تحمل العاقلة عنه ووجوب
القصاص على شريكه قال فان كان للقاتل او العاقلة ابل
وجبت الدية منها فاما القاتل فبالقياس على زكاة الفطر واما العاقلة
فلانهم يحملون الدية على سبيل المواساة فوجبت من النوع الذي
يملكونه كالزكاة قال فان لم يكن لهما ابل وجبت من غالب
ابل البلد فان لم يكن فمن غالب ابل اقرب البلاد اليهم تشبيها بالزكاة
قال ولا يوخذ فيها معيب ولا مريض لان اطلاق النص يقتضي

السلامة ويفارق الزكاة لانها على قول متعلقة بالعين وعلى قول
بالذمة والعين مرتهنة به فلذلك وجبت من عينه وان كانت
مراضا بخلاف مسئلتنا قال فان تراضوا على اخذ العوض جاز
لانه حق مستقر فجاز اخذ البدل عنه كبدل المتلفات قال في
البيان هذا هو المنقول والذي تقتضيه المذهب ان هذا انما يجوز
على قولنا يجوز الصلح على ابل الدية وبيعها في الذمة قال وان
اعوزت الابل وجبت قيمتها بالغة ما بلغت في اصح القولين لما روي
عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه قال كانت قيمة الدية على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمان مائة دينار وروي ثمانية
الاف درهم فكانت الى ان استخلف عمر رضي الله عنه فغلت الابل
فصعد المنبر خطيبا فقال الا ان الابل قد غلت ففرض الدية على
اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثنا عشر الف درهم
والاستدلال به من وجهين احدهما ان قوله كانت قيمة الدية كذا
يدل على ان الواجب هي الابل والثاني ان عمر رضي الله عنه علل
تغير المقدار تعليلا للابل فدل على ان ذلك من طريق القيمة وفيه قول
اخر قديم انه يجب الف دينار اثنا عشر الف درهم لما روى عمرو بن
حزم ان النبي عليه السلام قضى في الدية بالف دينار او اثنا عشر الف درهم
فعلى هذا يكون للدية اصلان عند اعواز الابل قال ويزاد
للتغليظ قدر الثلث لانه روي عن عمر وعثمان وابن عباس رضي الله عنهم
وقيل يسقط التغليظ لانه صفة في الابل فاذا عدل الى النقد سقط
كما في بدل العبد ولا تجمع بين تغليظين على المذهب وحكي في التتمة
وجها انه يجمع قال ودية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم لما
روي عبادة بن الصامت وعمرو بن شعيب ان النبي عليه السلام قال دية

اليهودي والنصراني اربعة الف درهم ولانه اقل ما قيل والاصل براة الذمه
عما زاد ودية المجوسي ثلثا عشر دية المسلم اي ثمان مائة درهم
روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابه
واصحاب يقولون ان يقال من خمس وان كان وثنيا فهو كالمجوسي لانه
كافر لا تحل للمسلم مناكحة اهل دينه قال ومن لم تبلغه الدعوه
ان لم تبلغه ان محمدا صلى الله عليه وسلم بعث رسولا وانه اظهر
المعجزات وانه يدعوا الى عبادة الله تعالى فالمنصوص انه ان كان
يهوديا او نصرانيا وجب فيه ثلث الديه وان كان مجوسيا او وثنيا
وجب فيه ثلثا عشر دية المسلم لانه ثبت له بجهله نوع عصمة فالحق
بالمستامن اهل دينه فعلى هذا ان لم يعرف دينه وجبت فيه ديه
المجوسي لانه اليقين وقيل ان كان متمسكا بكتاب لم يبدل وجبت فيه دية
مسلم لان حكم النسخ لا يثبت قبل بلوغ الخبر وان كان متمسكا بكتاب
مبدل وجبت فيه دية اهل ذلك الدين فيجب ثلث دية المسلم ان كان
يهوديا او نصرانيا وعليه ينبغي ان يأول كلام الشيخ رحمه الله وقيل
يجب فيه دية المجوسي مطلقا وقيل يجب فيه دية المسلم مطلقا
وهذا يجي على قولنا يقتل المسلم به فهذه اربعة اوجه احدها
قال وان قطع يد نصراني اي وله ذمه فاسلم ثم مات وجبت عليه
دية مسلم لان النظر في قدر الديه حال استقرار الجنايه بدليل الجنايه على
اطراف المسلم قال وان قطع يد حربي ثم اسلم ومات فلا شي عليه
لانها سرايه قطع غير مضمون عليه قال وان قطع يد مرتد
فاسلم ومات لم يلزمه شي وقيل يلزمه الديه لانه مسلم حال استقرار الجنايه
وليس بشي لانه سرايه قطع غير مضمون فلم يضمن كسرايه القصاص
وقيل يضمن النصف الوجه قال وان ارسل سهما على ذمي

فاسلم ثم وقع به السهم فقتله لزمه دية مسلم لان الاعتبار بحال الاصابه
لا بحال التسبب بخلاف ما لو حفر بيرا في محل عدوان وهناك حربي فاسلم
ثم وقع فيها فانه يضمنه قال ودية المراه على النصف من دية
الرجل رواه ابن حزم عن النبي عليه السلام ويجب في الخنثى مثل ما يجب
في المراه لانه المتيقن قال ودية الجنين اي ذكرا كان او انثى
غره عبد او امه بذلك قضى النبي عليه السلام وقيمتها نصف عشر
دية الاب او عشر دية الام روي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت
ولا مخالف لهما من الصحابه رضي الله عنهم وانما تجب الغره في
الجنين اذا انفصل ميتا فاما اذا لم ينفصل فلا شي عليه والغره اسم
للوجه واريد بها هاهنا الخادم مجازا من حيث ان الوجه اشرف الاعضا
سمي الخادم من المماليك غره لانه في المماليك كالوجه في الاعضا
قال ويدفع ذلك الى ورثته لانها دية نفس وان كان احد
ابويه مسلما والاخر كافرا او احدهما كتابيا والاخر مجوسيا اعتبر
باكثرهما بدلا لانه اذا اجتمع في بدل النفس ما يوجب الاسقاط
والايجاب غلب الايجاب كما قلنا في السبع المتولد بين الضبع والذيب
اذا قتله المحرم قال بعض الخراسانيين لا تجب الغره في
جنين اليهودي والنصراني قالوا وان اوجبناه واختلف دين الابوين
اعتبر بالاب وقيل بالاقل وقيل بالاغلظ فلو كانا مجوسيين ففي الجنين
اربعون درهما بدل الغره ومن صور الغره تغليظ وذلك فيما اذا
قصد ضربها حتى اسقطت فانه يكون عمد خطا وقيل ايضا خطا محض
وليس بشي قال وان القته حيا ثم مات اي عقيبه او بقي
متالما الى ان مات وجبت فيه دية كامله اي سوا القته لسته اشهر
او لما دونها وخالفنا المزني فيما دون سته اشهر لنا انه تحققت جنايته

وجبت فيه دية كاملة قال وان اختلفا في حياته فالقول قول الجاني لان الاصل بقاء الحياة وان القابلة منضغة وشهد القوابل انه خلق ادمي اي شهدنا انه لو بقي لتخطط ففيه قولان احدهما تجب فيه الغرة والثاني لا تجب وقد بينا ذلك في عتق ام الولد ولو القت جنينين لزمه غرتان قال ولا يقبل في الغرة ماله دون سبع سنين لانه ليس من الخيار لانه يحتاج الى من يكفله قال ولا الهرم ولا ضعيف اي عن العمل لما بيناه وقيل لا يقبل الجارية بعد العشرين سنة ولا العبد بعد خمسة عشر سنة لانه لا يلح على النساء وهذا خلاف نص الشافعي رضي الله عنه قال ولا يقبل خصي كما لا يقبل مقطوع اليد ولا معيب لانه ليس من الخيار وان عدمت الغرة وجب خمس من الابل في اصح القولين لانها هي الاصل في الدية ولم يذكر في المهذب والشامل غيره فعلى هذا اذا اعوزت انتقل الى قيمتها على الجديد والى خمسين دينارا او ستمائة درهم على القديم والثاني انه يجب قيمة الغرة ولم يذكر الشيخ ابو حامد واكثر الاصحاب غيره فانهم يقولون اذا عدمت الغرة وجبت قيمتها على الجديد كما لو غصب منه عبدا فتلف وينتقل الى خمس من الابل في القديم فان اعوزت الابل انتقل الى قيمتها في احد القولين والى خمسين دينارا او ستمائة درهم في الاخر

فصل في الشجاج في الراس عشرة

اعلم ان الجراحة في الراس او في الوجه تسمى شجة وفيما عداهما تسمى جراحة قال

الحارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق والموضحة والمنقلة والمامومة والدامغة فالحارصة ما تشق الجلد ولا تدمي ومنه يقال حرص القصار الثوب اذا كشطه عن الوسخ وقيل اذا شقه والدامية ما تشق الجلد وتدمي اعلم ان

بعضهم عد الشجاج احد عشر وذلك بعد الحارصة الدامعة والدامعة بالعين المهملة وهي التي يقطر منها الدم وذكر بعدها الدامية وفسرها بانها التي يسيل منها الدم قال والباضعة ما تقطع اللحم والمتلاحمة ما تنزل في اللحم والسمحاق يسميها اهل المدينة الملطاط وهو ما بقي بينها وبين العظم جلدة رقيقة والسمحاق اسم لتلك الجلدة واطلق على الشجة مجازا قال ويجب في هذه الخمسة الحكومة ولا يبلغ بحكومتها ارش الموضحة لانها دونها ولا نص فيها فتعين ايجاب الحكومة نعم لو امكن معرفة قدرها من الموضحة بان كان على راس انسان موضحة ثم شج راسه بعض هذه الشجاج نعرف نسبتها في العمق من الموضحة احتمل مثل تلك النسبة من ارش الموضحة قال والموضحة ما توضح العظم اي تكشفه في الراس او الوجه وفيها خمس من الابل لما روى عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام كتب الى اليمن كتابا فيه الفرائض والسنن والديات وفي الموضحة خمس من الابل قال فان عمت الراس ونزلت الى الوجه فقد قيل يلزمه خمس من الابل لاتحاد الفعل وكون المحل على الموضحة وقيل عشر فهو الاصح لانهما عضوان مختلفان فاشبه الراس والقفا قال وان اوضح موضحتين بينهما حاجز فعليه عشر من الابل نظرا الى تعدد الايضاح وان خرق ما بينهما رجعتا الى خمس لان فعل الانسان يبني بعضه على بعض بدليل ما لو قطع يديه ورجليه وسرى الى النفس واذا انبنى البعض على البعض عادت الموضحة واحدة وفيها خمس من الابل قال وان خرق بينهما غيره وجب على الاول عشر وعلى الثاني خمس لان فعل الانسان لا يبنى على فعل الغير قال وان اوضح موضحتين ثم خرق بينهما في الباطن اي وبقي الجلد الظاهر فقد قيل يجب عليه ارش موضحتين نظرا

الى الظاهر وقيل ارش موضحه نظرا الى الباطن قال وان
شج في جميع راسه سمحاقا دون الموضحه واوضح في بعضها ولم يفصل
بعضها عن بعض وجب عليه ارش موضحه لانه ليس ما بلغ من الايضاح
في الجميع قال والهاشمه ما تهشم العظم اي تكسره ويجب
فيها عشر من الابل روي ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابه
فان ضربه بمثقل فهشم العظم ولم يجرح لزمه خمس من الابل
اي على الاصح لانه حصه ما بين الايضاح بدون الهشم والايضاح
مع الهشم وقيل يلزمه حكومه لانه كسر عظم ولا يطلق عليه
اسم الموضحه ولا الهاشمه فاشبه كسر عظم اليد والمنقله ما لا
تبري الا بنقل العظم هذا اصطلاحنا ولم يذكرهما الشيخ ابو حامد
والتي انها تنقل فراش العظام اي فارق منها من موضع الى موضع وهذا
اشهر ويجب فيها خمس عشر من الابل رواه ابن حزم عن النبي عليه السلام
والمامومه تصل الى الجلده التي تلي الدماغ وهي كالخريطه له وتلك
الجلده تسمى ام الدماغ وفيها ثلث الديه رواه ابن حزم ايضا ٥
والدامغه ما وصلت الى الدماغ ويجب فيها ما يجب في المامومه
لحاقا بها نعني ضمان الجوايف وقال الماوردي يزاد الحكومه
على ما يجب في المامومه لاجل قطع الجلده وفي الجايفه ثلث الديه
وهي الجنايه التي تصل الى جوف البدن من بطن او ظهر او صدر او
ثغره نحر وهي حسفه اللبه رواه ابن حزم اما لو جرح الذكر
فوصل الى جوف الجرح لم يجب ارش الجايفه لانه وان كان له جوف
ليس له جوف يخاف من الوصول اليها التلف قال وان
طعن في جوفه فخرجت الطعنه من ظهره فهما جايفتان لانه روي
ذلك عن ابي بكر وعمر ولا مخالف لهما من الصحابه رضوان الله عليهم

وقيل هي جايفه لان التي خرجت من البطن الى الظهر ليست بجايفه
اذ الجايفه تقع على ما يكون من الظاهر الى الباطن فعلى هذا يجب
عليه ارش الجايفه وحكومه والاول اصح لما بيناه من الاجماع قال
وان اجاف جايفه فجا اخر ووسعها وجب على الثاني ارش جايفه
لانه اجاف جايفه اخرى فان طعن وجنته فهشم العظم ووصلت
الجراحه الى الفم ففيه قولان احدهما انها جايفه اي يجب فيها
ما يجب في الجايفه الحاقا لها بالجراحه الواصله من الظاهر الى الباطن
والثاني يلزمه ارش هاشمه لانه لا يطلق عليها اسم جايفه ولا
يخاف منها كالخوف من الجايفه فلا يلحق بها الحكم فعلى هذا
يجب فيها ارش هاشمه لتحقق الهشم وحكومه لما زاد ولم ار في شي
من النسخ ذكر الحكومه ولا بد منه على هذا القول قال في
المرشد وكذا القولان فيما لو طعن انفه فانفذه

فصل

ويجب في الاذنين اذا قطعهما من اصلهما الديه لان في الاذن الواحده
خمسون من الابل لحديث ابن حزم وفي بعضها بقسطه لان ما وجب
فيه الديه وجب في بعضه بقسطه كالاصابع وحكى الخراسانيون
قولا اخر ان في الاذن الحكومه قال وان ضرب الاذن فشلت
اي يبست فيجب الديه في احد القولين والحكومه في الاخر
للتردد في ان منفعتها منع دبيب الهوام وقد يحصل مع الشلل او جمع
الصوت وهو باق مع الشلل قال وان قطع اذنا شلا ففيه
قولان احدهما يجب الديه والاخر الحكومه لما ساه قال الشيخ ابو
حامد هذا غلط لا يجي بل عليه حكومه قولا واحدا كما قلنا فيمن
قلع عينا قايمه قال ويجب في السمع الديه لما روي ابو المهلب
ان رجلا ضرب به بحجر على راسه فذهب سمعه وبصره وعقله ونكاحه

فقضى عمر رضي الله عنه باربع ديات وهو حي ولا مخالف له من الصحابه
وفي بعض الروايات لسانه ولم يذكر البصر قال وان قطع
الاذنين وذهب السمع وجب ديتان لان السمع في غير الاذن
فلم يدخل ديه احدهما تحت الاخرى فان اختلفا في ذهاب السمع اي
والجاني مما يحتمل بها ذهاب السمع تتبع في اوقات الغفله فان
ظهر منه انزعاج سقط دعواه لظهور كذبه وان لم يظهر فالقول
قوله مع يمينه لاحتمال انه كان متحفظا في تلك الحاله قال فان
ادعى نقصان السمع اي من الاذنين فالقول قوله مع يمينه اذ لا يعرف
ذلك الا من جهته ويجب فيما نقص بقدره اي ان عرف قدر نقصانه
مثل ان كان يسمع من مايتي ذراع قبل الجنايه فلما جني عليه صار
يسمع من بعضها وطريق معرفه ذلك ان يوقف له من يحدثه
حتى لا اسمع ثم يحصر الصوت عليه بالارتفاع قليلا فان قال اسمع
فقد صدق ثم يتباعد الى ما يبلغ مايتي ذراع ثم ادار الذي يحدثه الي
جانب اخر ويفعل به مثل ذلك فان اتفقت المسافات فقد صدق
ويجب له بقسطه من الديه وان قال لما يحصر عليه الصوت لا اسمع
علمنا كذبه فيعاد عليه ذلك حتى تتفق المسافات فاما اذا لم
تعرف المسافه التي كان يسمع منها قبل الجنايه فقد قال في التهذيب
والحاوي فيه الحكومه وقال في الحاوي لو قال المجني عليه انا
اعرف قدر ما ذهب من سمعي وهو النصف حلف على دعواه وحكم
بقوله وقال الغزالي رحمه الله حرز بالنسبه الى من هو في مثل
سنه بقرب المسافه وبعدها من جميع الجهات اما اذا ادعى
نقصان السمع من احدى الاذنين بعد سد الاذن السليمه وان لم يعرف
وانما ثقل سمعه وجبت الحكومه لتعذر الارش المقدر قال وفي

العقل الديه لحديث ابي المهلب وحديث ابن حزم فان نقص ما يعرف
قدره بان صار يجن يوما ويفيق يوما وجب بقسطه اي من الديه
وان لم يعرف اي بان صار يفزع مما لا يفزع منه العقلا وجبت فيه
الحكومه لتعذر الارش المقدر قال وان ذهب العقل بجنايه
لا ارش لها مقدر اي كاللطمه دخل ارش الجنايه في ديه العقل
لحديث ابي المهلب وقال في التتمه على القول الجديد لا يدخل
الارش في ديه العقل وان لم يكن مقدرا كالاصبع والجراحه على
البدن قال وان ذهب بجنايه لها ارش مقدر كالموضحه وقطع
اليد والرجل ففيه قولان اصحهما انه لا يدخل ارش الجنايه في
ديه العقل لانه ليس محله العضو المجني عليه فاشبه الاذن مع
السمع والثاني وهو القديم انه يدخل الاقل منهما في الاكثر
فان كان ارش الجنايه اقل دخل ارش الجنايه في ديه العقل لانه
ليس محله العضو المجني عليه فاشبه الاذن مع السمع والثاني
وهو القول القديم انه يدخل الاقل منهما في الاكثر فان كان
ارش الجنايه اقل دخل ارش الجنايه في ديه العقل وان كان ديه
العقل اقل كقطع اليدين والرجلين دخل ديه العقل في ارش الجنايه
لان زوال العقل يشبه زوال الروح من حيث انه يزيل التكليف ويشبه
البصر من حيث انه يتعذر زواله فيبقى الجمال في الصوره الحسن
فالحقناه بالروح فيما اذا كان ارش الجنايه اقل وبالبصر فيما اذا
كان اكثر هكذا ذكره في التتمه وحكى الشيخ ابو حامد وعليه يحمل
ما ذكره في المهذب قال ويجب في العينين الديه لان في العين الواحده
خمسين من الابل لحديث ابن حزم وان جني عليه جنايه فادعى منها ذهاب
البصر فشهد بذلك شاهدان من اهل الخبره وجبت الديه لما روي

معاذ رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال في البصر
مايه من الابل وان قال لا ذهب ولكن يرجى عوده الى مده معلومه انتظر
اليها فان مات قبل انقضايها وجبت الديه وقيل على القولين كما
في رطوبه في السن والاول اصح لان عود البصر غير معهود بخلاف
السن فانه معهود فيمن لم يثغر وان لم يقدر بمده معلومه لم
ينتظر لانه يودي الى اسقاط موجب الجنايه ولو اخذت منه الديه
ثم عاد الضو وجب رد الديه مع النما المنفصل قاله في المرشد
قال وان نقص الضو وجبت الحكومه لتعذر الارش المقدر
فان ادعى نقصانه فالقول قوله اي مع يمينه لانه لا يعرف الا من
جهته اما لو عرف بان كان يرى الشخص من مايه ذراع فصار لم يره الا
من نصفها وجب من الديه بقسطها لان الحكومه انما يعدل اليها عند
العجز عن معرفه الارش المقدر قال وفي العين القايمه التي
بياضها وسوادها صافيان ولا يبصر بها شيا الحكومه لانه اتلاف
جمال من غير منفعه قال وفي الاجفان الديه لان فيها جمالا
ومنفعه فهي كالعينين وفي كل واحد ربعها بطريق التقسيط وفي
الاهداب الحكومه لان منفعتها ضعيفه فاشبهت الاظفار وان قلع الا
هداب مع الاجفان لزمه ديه ولا تجب الحكومه لانها في الجفن كالظفر
في اليد وقيل يلزمه ديه وحكومه لانه كالذراع مع الكف قال
وان ضربه فلا ينغلق الجفنان ففيه قولان [illegible] كما لو اوضح جبينه
فاذهب حاجبه قال وفي المارن الديه لحديث ابن حزم وفي بعضه
بحسابه بطريق التقسيط وان قطع المارن وبعض القصبه لزمه ديه
وحكومه لانه كالذراع مع الكف قال وان ضرب انفه فشل المارن
ففيه قولان كالاذن وان عوجه لزمته حكومه لازاله الجمال

قال وفي احد المنخرين نصف الديه على المنصوص لانه ذهب
نصف الجمال ونصف المنفعه فعلى هذا في الحاجز حكومه وقيل يلزمه
ثلث الديه تقسيطا للديه على المنخرين والحاجز قال وفي الشم
الديه لحديث ابن حزم وقيل فيه حكومه وان قطع الانف وذهب الشم
وجبت ديتان كما لو قطع الاذنين مع السمع فان ادعى ذهاب الشم
تتبع في حال الغفله بالروايح الطيبه والكريهه فان لم يظهر منه
احساس حلف لاحتمال وفي الشفتين الديه لحديث ابن حزم
وفي احداهما نصفها وفي بعضها بقسطه كما في الاذنين قال
وان جنى عليهما فشلتا اي صارتا يابستين لا تنقلص ولا تسترسل
وجبت الديه كاليد اذا صارت شلا فاما لو تقلصت لم يجب الا
الحكومه لان منفعتها لم تبطل وانما نقص الجمال قال وفي
اللسان الديه لحديث ابن حزم وان جنى عليه فخرس فعليه الديه لانه
اذهب منفعته فاشبه ما لو جنى على اليد فشلت فان ذهب
بعض كلامه وجب بقسطه يقسم على الحروف اي حروف لغته
فان كان عربيا قسم على ثمانيه وعشرين حرفا وقال الاصطخري
يقسم على ثمانيه عشر وتسقط حروف الحلق وهي سته الهمزه
والحا والخا والعين والغين وتسقط حروف الشفه وهي اربعه
البا والميم والفا والواو والمصحح هو الاول لان المخارج وان
اختلفت الا ان النطق باللسان ولهذا الاخرس لا ياتي بشي من الحروف
وان كان يعرف العربيه وغيرها يقسط على حروف العرب قال
وان حصلت به تمتمه او صار يبدل التا او عجله وجبت الحكومه
لازاله الجمال وان قطع نصف اللسان فذهب نصف الكلام وجب
نصف الديه لان الذي ذهب منهما سوا وان قطع ربع اللسان فذهب

نصف الكلام وجب نصف الديه وان قطع نصف اللسان فذهب
ربع الكلام وجب نصف الديه لان كل واحد من الامرين يوجب
الديه فاذا اجتمعا اعتبر الاكثر وقال ابو اسحق الاعتبار باللسان
لان الجنايه عليه مباشره الا انه اذا قطع الربع فذهب نصف الكلام
دل على شلل الربع الاخر ونظهر ثمره الخلاف فيما لو جا وقطع باقي
اللسان قال وان قطع اللسان واخذت منه الديه ثم نبت رد الديه
في احد القولين دون الاخر كالسن وقيل لا يرد قولا واحدا لان
عود السن معهود في الجمله بخلاف عود اللسان قال وفي
الذوق الديه قال ابو الطيب نص الشافعي رضي الله عنه على وجوب
الديه فيه وقال ابن الصباغ نص الشافعي على ان في اللسان
الاخرس الحكومه مع ان الذوق يذهب بذهابه يدل على ان في الذوق الحكومه
وقال في المهذب انما توجب الحكومه اذا بقي بعض الذوق بعد قطعه
اما اذا لم يبق وجب ديه وانما يعرف الذوق بان لا يحس بالحلاوه والمراره
والحموضه والملوحه والعذوبه فان زال البعض وجب بقسطه
وان نقص ولم يمكن التقسيط وجبت الحكومه قال وفي كل
سن خمس من الابل لحديث ابن حزم فان كسر ما ظهر وغلبه خمس من
الابل لان المنفعه والجمال فيما ظهر وكملت ديته به وفي بعضه
بقسطه قال وفي السنخ اي اصل السن الثابت في اللحم حكومه
فان قلع السن مع السنخ دخل السنخ في السن لان السنخ تابع لما ظهر
فاشبه الكف اذا قطع مع الاصابع قال وان جنى على سنه
اثنان فاختلفا في القدر فالقول قول المجني عليه وصوره المسله
اذا كسر واحد بعض سنه وجاء اخر وكسر الباقي ثم وقع الاختلاف
بين الجاني الثاني والمجني عليه فقال المجني عليه كان الغالب بجنايته الاول

الربع والباقي ثلاثه ارباع وقال الجاني الثاني بل كان الغائب النصف والباقي
النصف فهاهنا القول قول المجني عليه لان الاصل البقا
والسلامه اما لو وقع الاختلاف بين الجاني الاول والمجني عليه
فالقول قول الجاني لان الاصل براه الذمه عما زاد على ما اقر به
وفي بعض النسخ وان جنى على سنه اثنان والنسخه الاولى اصح لان
الثانيه تحتاج فيها الى تعسف في التاويل قال وان قلع سن
كبير فضمن ثم نبت ففيه قولان احدهما يرد ما اخذه كالصغير
الذي لم يثغر والثاني لا يرد لان العاده في سن من اثغر انه لا
يعود فلما عاد كان هبه مجدده فلا يسقط بها الضمان قال
وان قلع سن صغير لم يثغر انتظر فان وقع الاياس منها وجب ارشها
لانه تحقق اتلافها فاما لو عادت لم يلزمه ديه السن ولكن هل يلزمه
حكومه فيه وجهان قال وان جنى على سن فتغيرت واضطربت
اي مع امكان اصل المنع وجبت عليه حكومه لازاله الجمال قال
وان قلع جميع الاسنان دفعه واحده او دفعات متواليات فقد
قيل تجب ديه نفس لانه جنس ذو عدد فلا يضمن بالاكثر من ديه
النفس كالاصابع والمذهب انه يجب في كل سن خمس من الابل لعموم
الخبر وكذا لو قلع ما زاد على عشرين منها فعلى هذا يجب اذا قلع
جميعها مايه وستون من الابل في الغالب لان الغالب ان يكون
عددها اثنين وثلثين وقيل اذا قلعها واحدا بعد واحد وجب
في كل سن خمس من الابل ولم يذكر في المهذب غيره والمعنى
على الطريق الاول تخلل الاندمال بحيث لا اندمال يجري الوجهان
قال وفي اللحيين الديه وهما العظمان اللذان تنبت الاسنان
السفلى عليهما وفي احدهما نصفها لان فيهما جمالا ومنفعه فاشبه

اليدين قال وان قلع اللحيين مع الاسنان وجب دية كل واحد
منهما كما لو قطع الشفتين مع الاسنان وتخالف الكف مع الاصابع لان
اللحيين يوجدان قبل الاسنان وبعد وجود الاسنان هي مغروزة
فيهما فلا يجعل احدهما تابعا للاخر ولكن الكف مع الاصابع وحكى
الخراسانيون وجها آخر انه يجب دية واحدة وفي كل اصبع عشر من الابل
لحديث ابن حزم وفي كل انملة ثلاثة ابعرة وثلث بطريق التقسيط الا
الابهام فانه يجب في كل انملة منه خمس من الابل لانهما سلاميان قال
وفي الكفين مع الاصابع الدية لما روى معاذ رضي الله عنه ان
النبي عليه السلام قال في اليدين الدية فان قطع ما زاد على الكف وجب
الدية في الكف اي مع ما عليه من الاصابع لوقوع اسم اليد عليه
والحكومة فيما زاد ليس لها ارش وقيل لا يجب الا الدية الا ان قطع اليد
من المنكب قال وان جنى عليها فشلت وجبت الدية لانه فات
المقصود منها فاشبه ما لو قطع وفي اليد الشلاء الحكومة لازالة
الجمال وفي اليد الزائدة والاصبع الزائدة حكومة وتعرف الزائدة
من الاصلية بقوة البطش لان كل عضو لا يوجب دية يجب فيه حكومة
كالكف ونحوها هذا يقوم على ما سيتضح في آخر الباب وقيل ان لم يحصل
بهما شين لم يجب في الزائد شيء لانها جناية لم يحصل بها نقص فلم يجب
بها ارش كما لو لطم وجهه ولم يوثر قال وفي الرجلين الدية
لان في الرجل الواحد خمسين من الابل لحديث ابن حزم وفي كل اصبع عشر
من الابل لحديث ابن حزم قال وفي الاليتين الدية فهما المشرفتان
على الظهر الى الفخذين لان فيهما جمالا ومنفعة وفي احداهما
نصفها بطريق التقسيط وان كسر صلبه فلم يطق المشي لزمته الدية
روي ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة قال وان

مشيه واحتاج الى عصا لزمه حكومة للنقصان وان كسر صلبه
فعجز عن الوطي لزمته الدية روي ذلك عن ابي بكر وعمر وعلي ولا مخالف
لهم من الصحابة رضي الله عنهم وان اختلفا في ذلك فالقول قول
المجني عليه لانه لا يعرف الا من جهته وان بطل المشي والوطي لزمه
ديتان على ظاهر المذهب كالسمع والبصر وقيل دية واحدة لانهما
منفعة عضو واحد قال ابن الصباغ وان كسر صلبه فشل
ذكره وجبت دية وحكومة قال وان قطع اللحم الناتي اي
من جانب السلسلة لزمه الدية لان فيه جمالا ومنفعة وهذه
المسالة غير مذكورة في اكثر الكتب المشهورة وفي احداهما
نصفها وفي بعضه بحسابه لما ذكرنا في الاذنين قال وفي
حلمتي المراة اي راس الثديين التي يلتقمهما الصبي الدية لان فيهما
جمالا ومنفعة وفي احداهما نصفها وفي بعضها بحسابه بطريق التقسيط
قال وان جنى على الثديين فشلا وجبت الدية كاليد وان انقطع
لبنها وجبت عليه الحكومة للخلل الحاصل وقيل تجب الدية ولم يذكر
في التتمة غيره وليس بشيء لانه يبطؤ ويزول بخلاف المني قال
وفي حلمتي الرجل حكومة وقيل فيه قول آخر انه يجب فيهما الدية
لان ما وجب فيه دية المراة وجب فيه دية الرجل كاليدين
والاول اصح لانه اتلاف جمال من غير منفعة قال وفي جميع الذكر
الدية لحديث ابن حزم وفي الحشفة الدية لان منفعة الذكر تذهب
بذهابها فان قطع بعض الحشفة وجبت الدية بقسطه من الحشفة في
اصح القولين اذ فيها كمال الدية وبقسطه من جميع الذكر في القول
الآخر لان الذكر هو الجميع فقسطت الدية على الجميع هذا اذا لم يختل
مجرى موضع البول فاما اذا اختل فعليه الاكثر من حكومة الخلل

او ما يخصه من الديه باعتبار التقسيط قال وان جني عليه فشل
وجبت الديه وان قطع ذكرا اشل وجبت عليه الحكومه كاليد
وشلل الذكر ان يصير منقبضا لا ينبسط او منبسطا لا ينقبض ولو
جني علي ذكره فصار لا يمكنه الجماع لعدم الانتشار الا انه ينبسط
وينقبض لم يجب الا الحكومه قال وفي الانثيين الديه لحديث
ابن حزم وفي احداهما نصفها بطريق التقسيط وفي اسكتي المراه الديه
وهما اللحمان المحيطان بالفرج احاطه الشفه بالفم لان فيهما جمالا
ومنفعه وفي احداهما نصفها بطريق التقسيط والفرق بين الا
سكتين والشفرين ان الاسكتين ناحيتي الفرج والشفرين طرفا
الناحيتين وان جنا عليها فشلت وجبت الديه كاليد قال وفي الافضا
الديه اي سوا كان زوجا او زانيا او واطيا بشبهه وهو ان يجعل سبيل
الحيض والغايط واحدا اذ به يفوت منفعه البضع الجليه وقيل
هو ان يجعل سبيل الحيض والبول واحدا لان ما بين الدبر والقبل
فيه قوه فلا يرفعه الذكر فلا يحصل الافضا عليه وهذا ضعيف
لانه ليس اختصاصه بالوطي فانه لو ازال الحاجز بسكين فالحكم كذلك
واصل الافضا هو الفضا وهو البريه الواسعه لانه لما رفع الحاجز
اتسعت فصارت كالفضا قال في التتمه والصحيح ان كل واحد
منهما افضا ويضمن بكمال الديه لان كل واحد منهما حاجز بين الفرج
ومخرج الحدث ويتضمن الاخلال بالاستمتاع ويفضي الي زوال امساك
الخارج من السبيل فلو جمع بينهما جنايه واحده وجبت ديتان واعلم
ان ارش البكاره يدخل في ديه الافضا وان لم يدخل في المهر لان الديه
بدل عن العضو الذي فيه البكاره فاندرج ارشها والمهر ليس بدل
العضو بل المهر عوض عن الاستمتاع بالعضو فلم يندرج فيه الارش

لبضع

قال في اذهاب العذره الحكومه لانه قطع جلده يحصل به شين
هذا اذا اذهبها باصبع فاما لو كان بالوطي فان كان موجبا للمهر
فثلثه اوجه احدها يجب مهر بكر وارش البكاره والثاني يجب مهر
بكر ولا يجب ارش البكاره والثالث ذكره الخراسانيون انه يجب مهر
ثيب وارش البكاره وهذه الوجوه مذكوره في البيع الفاسد ايضا
وان لم يكن موجبا للمهر لكونه زانيا فلا شي عليه لانها رضيت به ولو
ازال الزوج عذره امراته باصبع فلا حكومه علي اصح الوجهين
فلو عادت البكاره لم يسترد الارش قال وفي الشعور كلها
الحكومه لانه اتلاف جمال من غير منفعه وهذا بشرط ان لا يعود او
يعود ناقصا فاما لو عاد كما كان فلا وفي جميع الجراحات سوا ما ذكرنا
الحكومه لما سبق وفي تعويج الرقبه وتصعير الوجه اي تعويجه وتسويده
الحكومه لانه اذهاب جمال من غير منفعه فلو اخذت الحكومه
ثم زال الشين لزمه رد الحكومه قال والحكومه ان يقوم بلا
جنايه ويقوم بعد الاندمال مع الجنايه فما نقص وجب بقسطه من
الديه وقيل يوخذ بقسطه من ديه العضو المجني عليه فان لم يكن له ارش
مقدر اخذ بقسطه من ديه النفس والمذهب الاول لان جملته
مضمونه بالديه فيكون بعضه مضمونا ببعض الديه كالمبيع لما كان مضمونا
بالثمن كان بعضه مضمونا ببعض الثمن وهذا بشرط ان لا يبلغ الحكومه
ارش العضو المجني عليه فان بلغ حط الحاكم عنه شيا بالاجتهاد لان
الحكومه تابعه للديه فوجب تنقيصها عنها قال وان كانت الجنايه
مما لا ينقص شيا بعد الاندمال ويخاف منه التلف حين الجنايه
كالاصبع الزايده وذكر العبد اي علي القول القديم قوم حال
الجنايه فما نقص من ذلك وجب بقسطه قالوا ويقوم في اقرب

احواله الى الاندمال فان لم يظهر نقص قوم والدم جار فانه لا
بد وان يظهر نقص لاجل خوف الهلاك فاما على المقول الجديد فانه
يجب بقطع ذكر العبد القيمه وان زادت قيمته بذلك قال
وان كان مما لا تكافؤ منه كلحيه المراه قوم اي اذا انكشفها وافسد
المنبت قوم لو كان غلاما وله لحيه اي تشينه ذهاب لحيته كابن
الاربعين وما زاد ويقوم ولا لحيه له ويجب ما بينهما وقال
الخراسانيون تجب شي يراه الحاكم باجتهاده قال وما اختلف
منه الخطا والعمد في النفس اختلف فيما دون النفس قياسا على
القصاص ويجب في قتل العبد والامه قيمتهما بالغه ما بلغت لانه مضمون
بالاتلاف لحق الادمي بغير جنسه فضمن بقيمته بالغه ما بلغت كساير
الاموال قال وما ضمن من الحر اي جز مقدر من الديه وهي
كاليدين والرجلين وشبههما ضمن من العبد والامه بالقيمه وما
ضمن من الحر بالحكومه يجب مقدر من الديه ضمن من العبد والامه بمثل
ذلك الجز من قيمته وما ضمن من الحر بالحكومه ضمن من العبد
والامه بما نقص لانه روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولا
مخالف لهما من الصحابه ولانه حيوان يضمن بالقصاص والكفاره
فكانت اطرافه وجراحاته مضمونه ببدل النقصان مقدر من بدنه كالحر
وحكى الخراسانيون قولا اخر ان جميع اطرافه وجراحاته مضمونه
بقدر النقصان قال ولا يختلف الخطا والعمد في ضمان العبد
والامه لان المضمون هو الماليه فاشبه ضمان ساير الاموال قال
وان قطع يد عبد ثم اعتق ثم مات اي بالسرايه وجبت فيه ديه حر
نظرا الى حال استقرار الجنايه قال للمولى منه اقل الامرين
من نصف الديه او نصف القيمه اي وقت الجنايه واعلم ان هذا سهو

بل المنقول اقل الامرين من كل الديه او نصف القيمه لان نصف القيمه
ان كان اقل لم يجب له اكثر منه لانه هو الواجب له في ملكه
وان كانت الديه اقل لم يجب اكثر منها لان نصف القيمه نقص بفعله
وهو الاعتاق عن هذا بان الواجب له اقل الامرين مما لزمه
اخرا بالجنايه على الملك اولا ومجرد ارش الجنايه على الملك وقيل
في المسأله قول اخر وهو ان للمولى منه اقل الامرين من كل
الديه او كل القيمه وعبارته ان الواجب له اقل الامرين مما لزمه اخرا
بالجنايه على الملك اولا او مثل نسبته من القيمه ويتفرع على هذا
ما لو كانت المسأله كحالها الا انه عاد الجاني رجلان اخران بعد العتق
فجرحه كل واحد منهما جراحه قال ويجب في جنين الامه عشر
قيمه الام لانه جنين ادميه سقط ميتا فضمن بعشر بدل ام كجنين
الحره وتعتبر القيمه حال الضرب لا حال الاسقاط وقيل يعتبر حال
الاسقاط لانه حال استقرار الجنايه والمذهب الاول لان المجني
عليه هو الجنين لم يعتبر بحاله بل بحال الام وهي رقيقه واولى
الاحوال باعتبار قيمه الرقيق حال الجنايه بدليل ما لو قطع يد عبد
فانه يجب قيمته يوم الجنايه قال الغزالي ان اعتبر بحال الجنايه
لانه لا اغلظ ولهذا المعنى قلنا لو قطع يد عبد ومات بالسرايه
فانه يلزمه اقصى القيمه من حال الجرح الى حال الموت ه قال
وان ضرب بطن امه ثم اعتقت ثم القت جنينا ميتا وجبت فيه ديه
جنين حر لان الضمان يعتبر بحال استقرار الجنايه وهو في حال استقرار
الجنايه حر وما الذي يصرف الى السيد فيه طريقان اشهرهما
الامرين من عشر الام او كمال ديه الجنين الحر والثاني لا يستحق شيا
والماخذ ان الموجب للضمان الضرب او الالقاء ه

باب العاقلة وما تحمله

سميت العاقله بذلك لتحملهم العقل وهو الديه وسميت الديه
عقلا لان العرب كانت تاخذ الديه ابلا وتعقل بباب ولي المقتول
ثم توسعوا فاطلقوا على الديه وان كانت دنانير ودراهم وقيل
سموا عاقله لانهم يمنعون عن القتل والعقل المنع ولهذا سمي
العقل عقلا لانه يمنع صاحبه من الوقوع في القبيح قال
اذا جنى الحر على نفس حر خطا او شبه خطا وجبت الديه على عاقلته
اي عند قيام البينه بذلك او اعتراف العاقله لما روى المغيره بن شعبه
ان امراتين كانتا تحت رجل من هذيل فاقتتلتا فضربت احداهما
الاخرى بعمود فسطاط وروي فقتلتها بحجر واسقطت جنينها
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعقلها على عصبه العاقله
وانما حملت العاقله ديه عمد الخطا تخفيفا عنه مع قصده الى الجنايه
فلان تحمل عنه ديه الخطا ولم يقصد الجنايه كان ذلك اولى
قال وان جنى على اطرافه ففيه قولان اصحهما انها على
عاقلته لان من حمل ديه النفس حمل ما دونها كالجاني وقال
في القديم لا تحمل العاقله لانه لا تجري فيه القسامه فاشبه
ضمان المال فعلى القديم ايضا انها لا تحمل ما دون ثلث
الديه وتحمل الثلث وما زاد عليه قال وان جنى على عبد
ففيه قولان اصحهما ان القيمه في ماله لما روى ابن عباس رضي الله
عنه ان النبي عليه السلام قال لا تحمل العاقله عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولانه تضمن بالقيمه فاشبه سائر الاموال
والثاني تحمله وقيل انه الراجح لانه يجب بقتله القصاص والكفاره

فاشبه الحر والخبر موقوف على ابن عباس ثم ان صح فتاويله ان
جنايه العبد لا تحمل قال وان جنى عبد على عبد او حر وجب
المال في رقبته لانه لا يمكن ايجابه على السيد لانه لم يلتزمه ولا
في ذمه العبد لما فيه من الاضرار بالمجني عليه فتعين الجنايه
في رقبته واليه وقعت الاشاره بقوله عليه السلام ان العبد لا يغرم
سيده فوق رقبته شيئا قال ومولاه بالخيار بين ان يسلم
العبد فيباع في الجنايه اذ ليس عليه اكثر من التسليم وبين ان يفديه
استبقا للملك فان اراد الفدا فداه في احد القولين باقل الامرين
من قيمته او ارش الجنايه لانه ان كان قدر الدين اقل لم يلزمه ما
زاد عليه لانه المستحق وان كانت القيمه اقل لم يلزمه ما زاد
عليها لانه انما يفدي الرقبه فلا يلزمه اكثر من قيمتها وبارش
الجنايه بالغا ما بلغ في القول الاخر لانه ربما رغب فيه راغب باكثر
من القيمه فاذا امتنع البيع لزمه الارش بالغا ما بلغ قال وان
جنت ام الولد فداها المولى باقل الامرين وان جنى المكاتب فان كان
على اجنبي فدى باقل الامرين وان كان على مولاه فدا باقل الامرين
في احد القولين وبالارش في الاخر وان لم يفد بيع في الجنايه وانفسخ
الكتابه وقد بينا ذلك في موضعه قال وما يجب بخطا الامام
فهو في بيت المال في احد القولين لانه يكثر فيه الخطا في احكامه
واجتهاده فيودي الى الاجحاف بالعاقله فعلى هذا في الكفاره وجهان
احدهما يجب في ماله لغيره كالغرم والثاني يجب في بيت المال والقول
الثاني انها على عاقلته كغيره قال وما يجب من الديه بالخطا وعمد
الخطا فهو موجل فان كانت ديه نفس كامله فهو موجل في ثلث
سنين في كل سنه ثلثها روي ذلك في قتل الخطا عن عمر وعلي

رضي الله عنهما ولا مخالف لهما من الصحابه وقسنا عليه عمد
الخطا قال وابتداؤها من وقت القتل اي من حين زهوق الروح
لانه حق مؤجل فاعتبر الاجل من وقت وجود السبب كالدين المؤجل
وان كان ارش اطراف فان كان قدر الديه فهو في ثلث سنين كديه
النفس وان كان الثلث فما دونه ففي سنه لان العاقله لا تحمل حالا
فاعتبرنا السنه كالزكاه وان كان الثلثان واقل وجب الثلث في
سنه وما زاد في السنه الثانيه اعتبارا بتقسيط الديه الكامله
على ثلث سنين وان كان اكثر من ذلك لم يجب في كل سنه اكثر من الثلث
لانها جنايه على واحد فلو وجبت بجنايه ديتان حملت العاقله لكل
واحد منهما في كل سنه ثلثا وحكى الخراسانيون في هاتين المسلتين
وجها اخر قال وابتداؤها اي ابتدا مده الضرب من وقت الاندمال
لانه وقت استقرار الجنايه هذا اذا سرت الى عضو اخر واما ولو لم
تسر فابتداؤها من وقت الجنايه وقيل ارش الجنايه من وقت الجنايه
وارش السرايه من وقت سرايه الاندمال قال وان كان
ديه نفس ناقصه كديه الجنين والمراه والذمي فقد قيل هي كديه
النفس الكامله في ثلث سنين لانها ديه نفس وقيل هي كارش الطرف
اذا نقص عن الديه نظرا الى القدر فان كانت قيمه وقلنا تحملها
العاقله فقيل بعشر في ثلث سنين وقيل هي كارش الطرف اذا نقص
عن الديه نظرا الى القدر وان زاد على ديه الحر وقيل يودى في كل
سنه ثلث ديه حر

فصل

والعاقله العصبات
اي الذين يرثون بالنسب وبالولا لحديث المغيره ما عدا الاب والجد
والابن وابن الابن لما روى جابر رضي الله عنه ان امراتين من هذيل
قتلت احداهما الاخرى ولكل واحده منهما زوج وولد فجعل النبي

عليه السلام ديه المقتوله على عاقله القاتله وبرا زوجها وولدها
واذا ثبت في الولد ثبت في الاب والجد لان تحمل العاقله كان احترازا
عن الاجحاف به وفي ايجابه على الولد اجحاف لان ماله كماله
وهذا المعنى موجود في الاب والجد فلو كان في بني اعمامه
ابن لم يحمل على ما ذكرناه قال ولا يعقل بنواب وهناك
من هو اقرب منهم اي بل يقدم الاقرب فان بقي من الثلث المضروب
شي ضرب على من بعدهم كالميراث قال وان اجتمع من يدلي
بالاب والام ومن يدلي بالاب ففيه قولان اصحهما انه يقدم من
يدلي بالاب والام كالميراث والثاني انهما سوا لان جهه الاموميه
لا مدخل لها في النصره وان اجتمع منهم جماعه في درجه واحده
وبعضهم غيب ففيه قولان اصحهما انهما سوا كالميراث والثاني
يقدم الحضر لانهم اولى بالنصره وقيل ان كان الحاضر هو الذي بعده
يقدم قولا واحدا قال الغزالي المعتبر عسره بمنع التحمل
في سنه قال وان عدم العصبات اي من النسب وهناك مولى
من اسفل ففيه قولان اصحهما انه لا يعقل كما انه لا يرث والثاني
يعقل لانه لما عقل المولى الاعلى عن الاسفل عقل المولى الاسفل
عنه ويفارق الارث لانه يجب للنصره وهذا وجب النصره وهو
ينصره لانه انعم عليه بالعتق فعلى هذا يحمل بعد المولى من
الاعلى وقيل بيت المال قال وان لم يكن من يعقل وجب في بيت
المال اي ان كان مسلما لان بيت المال للمسلمين وهم يرثونه
كما يرث العصبات وخالف الذمي فانهم لا يرثونه وانما
ينقل ماله الى بيت المال فيا قال وان لم يكن اي عاقله ولا بيت
المال او كان بيت المال ولكن القاتل ذمي فقد قيل يجب على الجاني

وقيل لا يجب عليه وهذا ينبني على ان الديه وجبت ابتدا على
القاتل والعاقله تحملوا عنه او وجبت على العاقله ابتدا
وفيه قولان احدهما انها وجبت ابتدا على القاتل وهو الصحيح
لانه هو الجاني فعلى هذا يجب عليه وقال ابو علي الطبري
وعلى هذا القول يحمل الاب والابن عند عدم بيت المال
ويقدمان على القاتل قال في المهذب يحتمل ان لا يجب عليهما وان
وجب على القاتل والثاني انها وجبت ابتدا على العاقله بدليل
انه لا يطالب غيرهم عند وجودهم فعلى هذا لا يجب عليه ه
قال ولا يعقل فقير وهو الذي لا يملك ما يكفيه على
الدوام لان الاجحاف لا يزال بالاجحاف ولا صبي ولا معتوه لان حمل
الديه على سبيل النصره وجب بالاعضاد في ايجابها عليه وهما ليسا
من اهل النصره ولا تحمل المراه لهذا المعنى ولم يذكره الشيخ رحمه
الله قال ابن الصباغ ويحمل الاعمى والزمن وقال ابن ابي
هريره ان كان نفعا من بدنه وجل عليه لم يحمل وليس بصحيح قال
في المهذب اذا بلغ الشيخ حد الهرم والمريض حد الزمانه فهل
يحملان فيه وجهان بناء على القولين في قتلهما الا قال ولا مسلم
عن كافر ولا كافر عن مسلم لانهما لا يتوارثان قال وان ارسل
الكافر سهمه ثم اسلم ثم وقع سهمه فقتل كانت الديه في ماله لانه
لا يمكن ايجابها على عاقلة الكفار لوقوع الاصابه حال الاسلام ولا
على عاقلته المسلمين لتحقق الرمي في حاله الكفر قال ولو
رمى مسلم ثم ارتد ثم وقع سهمه فقتل كانت الديه في ماله قال
في المهذب في ذمته عن زمنه لانه لا يمكن ايجابها على عاقلته المسلمين
لتحقق الاصابه في حال الكفر ولا على عاقلته الكفار اذ لا عاقله له منهم

قال ويجب على الغني نصف دينار لانه اول درجه المساواه في
زكاه الذهب وعلى المتوسط ربع دينار لانه لا يمكن ايجاب الكثير
لما فيه من الاجحاف به فقدرناه بالربع لانه ليس في حد التافه لانه
يقطع يد السارق به وقد قالت عايشه رضي الله عنها ما كانت
اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشي التافه
والغني هو الذي يملك عند اخر الحول عشرين دينارا بعد المسكن
وما يحتاج اليه مما لا يعد به غنيا في الكفاره المرتبه والمتوسط
هو الذي يملك دون ذلك ولكن يفضل عن حاجته ما زاد على
ربع دينار حتى لا يرتد باخذه الى حد الفقر هذا اختيار امام
الحرمين وارتضاه الغزالي رحمهما الله ثم يشترك جماعه في
شرا بعير لان الواجب عليهم الابل لا الدنانير قال في كل
سنه اي الصحيح ان هذا القدر يجب في كل سنه من السنين
الثلث لانه حق يتعلق بالحول فتكرر بتكرره كالزكاه وقيل لا يجب
اكثر من النصف اي على الغني والربع اي على المتوسط في
الثلث سنين لانه اجحاف قال المحاملي قال ابو العباس
يوخذ منه هذا القدر دفعه واحده ويعتبر حاله في السعه
والقله عند الحول كما يعتبر النصاب اخر الحول قال في
التتمه لو كان صبيا او مجنونا او رقيقا اول الحول ثم بلغ وعقل وعتق
في اخر الحول لا يوخذ منه حصه تلك السنه والفرق ان الفقير
مستجمع لصفات الكمال وانما اعتبرنا للتمكن من الاداء فاعتبرنا
اخر الحول وهولا ليسوا من اهل الكمال وهل يجب عليهم حصه
باقي السنين فيه وجهان وجه عدم الايجاب ان السبب متجدد
وانما يتاخر المطالبه فاذا لم يكن اهلا للوجوب في الابتدا لم يعتد

بما بعد ذلك قال فان قسط عليهم فبقي شي اخذ من بيت المال
لانهم كالمعدومين بالنسبه الي باقي الثلث قال وان زاد عددهم
على قدر الثلث اي كانوا بحيث اذا قسط عليهم حصل الغني دون
نصف دينار والمتوسط دون ربع دينار ففيه قولان احدهما
يقسط عليهم وينقص كل واحد منهم عن النصف والربع وهو
الاصح لانه حق يستحق بالتعصيب فيقسط قليله وكثيره بين الجميع
كالميراث والثاني يقسط الامام على من راى منهم دفعا للعسر
والمشقه في توزيع القليل على الكثير قال ومن مات من
العاقله قبل حلول النجم سقط ما عليه من الحق اي لا يجب
عليه شي كما لا تجب الزكاه اذا مات قبل الحول

باب كفاره القتل

وهي ماخوذه من الكفر وهو الستر عليه لانها تغطي الذنب
وتستره قال اذا قتل من يحرم قتله لحق الله تعالي
عمدا او خطا اي وهو من اهل الضمان وجبت عليه الكفاره
اما في الخطا فبالنص واما في العمد فبطريق الاولى متولون
وحكي في الحاوي انه اذا قتل قصاصا ففي سقوط الكفاره عنه
وجهان حكاهما المروزي وابن ابي هريره اصحهما ان الكفاره
على ما كانت من الوجوب مودي من تركته واحترز بقوله لحق الله
تعالى عن نسا اهل الحرب وذراريهم فانه لا يجب بقتلهم
الكفاره لان حرمه قتلهم كانت لحق المسلمين قال او فعل
شيا مات منه اي تسبب الى قتله بسبب يضمن به النفس كحفر البير
ونصب السكين والاكراه وشهاده الزور فتلف بذلك وجبت
الكفاره لان السبب في الشرع ملحق بالمباشره في ايجاب الضمان
فكذلك في الكفاره قال وان ضرب بطن امراه فالقت جنينا
ميتا وجبت عليه الكفاره لانه محقون الدم لحرمته فضمن بالكفاره
وهكذا لو قتل نفسه او قتل عبده وجبت الكفاره وحكى الخراسانيون
في هاتين المسالتين وجها اخر انه لا تجب الكفاره قال وان
اشترك جماعه في قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفاره وقيل
فيه قول اخر انه يجب عليهم كفاره واحده كما لو اشتركوا في قتل
صيد والمشهور هو الاول لانها كفاره لا تجب على سبيل البدل
فاذا اشترك الجماعه في سببها وجب على كل واحد منهم كفاره
واحده ككفاره الطيب واللبس قال والكفاره ان يعتق
رقبه مومنه فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين للايه فان لم
يستطع ففيه قولان احدهما يطعم ستين مسكينا كل مسكين
مدا من طعام حملا لهذا المطلق على المقيد في الظهار كما حملنا
المطلق في الظهار على المقيد ها هنا في اعتبار الايمان والثاني لا
يطعم وهو الاصح لان الله تعالى لم يذكر في ايه القتل وما ذكره الاول
لا يصح لان المطلق يحمل على المقيد اذا كان الحكم مذكورا
في الموضعين الا انه قيده في احدهما واطلقه في الاخر وها هنا
لم يذكر الاطعام في الموضعين بل في احدهما فلم يجز نقله الى الاخر

باب قتال اهل البغي

البغي الظلم والعدول عن الحق والباغيه التي تعدل عن الحق
يقال بغى الجرح اذا ترامى الى الفساد وبغت المراه اذا فجرت
قال اذا خرجت على الامام طايفه من المسلمين ورامت

خلعه او منعته الزكاه او حقا توجه عليهم فامتنعوا بالحرب بعث
اليهم وسالهم ما ينقمون فان ذكروا شبهه ازالها مثل ما نيل
لعلي كرم الله وجهه انسلخت من ثوب الله تعالى فقال
ما انسلخت وبين ذلك قال وان ذكروا علة يمكن ازاحتها اي
ابعادها ازاحها مثل ان طلبوا قاتلا معينا فيسلم اليهم واما العلة
التي لا يمكن ازاحتها فمثل ما طلبوا من علي قتله عثمان من غير
تعيين القاتل وان ابوا وعظهم الامام وخوفهم بالقتال وان
ابوا قاتلهم اي ولا يبتدي بقتالهم من غير ان يبعث اليهم لقوله تعالى
وان طائفتان من المومنين اقتتلوا الى قوله حتى تفي الى امر الله اي
ترجع فبدا بالصلح ثم بالقتال وفي مراسلته اليهم اصلاح وهكذا
فعل علي رضي الله عنه مع اهل النهروان واهل البصره واهل
الشام واما يثبت لهم حكم البغاه بشرائط احدها ان يكون لهم
شوكه اي منعه يحتاج في كفهم الى جمع جيش وانفاق مال بدليل
ان ابن ملجم قتل عليا رضي الله عنه فاقيد به لما لم يكن له شوكه
الثاني ان يخرجوا عن قبضه الامام لان النبي عليه السلام لم يتعرض
للمنافقين الذين معه في المدينه فالمسلم اولى الثالث ان يكون
لهم تاويل سايغ كما تاول مانعوا الزكاه على ابي بكر رضي الله عنه
والتاويل السايغ ان يقع لهم شبهه يعتقدون ان لهم بها الخروج على
الامام والصحيح انه لا يشترط ان يكون لهم امام قال وان
استنظروا امده اي مهله لينظروا انظرهم لعله يتضح لهم الحق الا ان يخاف
انهم يقصدون الاجتماع على حربه ويظهر له ذلك بالبحث عن حالهم
فلا ينظرهم وذكر ذلك في المهذب هذا اذا زاد على الثلث وقال
ان سالوا ان ينظرهم يوما او يومين او ثلثا انظروا وذكر في الشامل

مثل ما ذكرها هنا وهو الصحيح لانه لا يجوز ان يخفهم مده في
يوم او يومين او ثلث كما يجوز فيما زاد فان بذلوا على الانظار مالا
لم يجز اخذه منهم لان فيه اخذ الصغار على طايفه من المسلمين فلم
يجز كاخذ الجزيه منهم قال ويقاتلهم الى ان يفيوا الى امر الله
اي يرجعوا الا به ولا يتبع في الحرب مدبرهم ولا يذفف على جريحهم
لما روي ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال يا بن
ام عبد ما حكم من بغي من امتي قلت الله ورسوله اعلم قال لا يتبع
مدبرهم ولا يجار على جريحهم والتذفيف والاجهاز وهو تهيم القتل
وتعجيله يقال رجل ذفيف اي سريع وقال ابو اسحق المروزي
ان انهزموا الى فيه ومدد ليستعينوا جاز اتباعهم وقتلهم قال
ويجتنب قتل ذي رحم محرم لما روي ان ابا بكر رضي الله عنه اراد
ان يقتل اباه يوم احد فكفه النبي عليه السلام عن ذلك وقال
دعه يتولى ذلك غيرك قال وان اسر منهم رجلا حبسه الى ان
ينقضي الحرب ثم خلاه لان المقصود كفه وقد حصل وياخذ عليه
العهد ان لا يعود الى قتاله استحبابا وكذا لو بذل له الطاعه عند
الاسر يجب ايضا تخليته وهكذا لو انهزموا اخلي وقال ابو اسحق
لا يخلي فلو قتل في الاسر لم يجب القصاص على قاتله على احد الوجهين
قال وان اسر منهم امراه او صبيا او مجنونا او شيخا خلاه على
المنصوص اذ ليس من اهل القتال وقيل يحبس لما فيه من كسر
قلوبهم ولا يقاتلهم بما يعم كالمنجنيق والنار الا لضروره لان القصد هو
الكف لا الاهلاك والضروره مثل ان يحيطوا باهل العدل من
الجوانب ولم يمكنهم التخلص الا بالنار او المنجنيق ولو رماهم اهل
البغي بالنار والمجانيق جاز لاهل العدل ان يرموهم بمثل ذلك ٥

قال ولا يستعين عليهم بالكفار ولا بمن يرى قتلهم مدبرين
لما تقدم ويستثنى عنه اذا دعت الحاجة وكان الامام قادرا على منعهم
من قتلهم مدبرين وكان لا يخافهم لو نقضوا العهد وانضموا الى
العدو وان اتلف عليهم اهل العدل شيا حال الحرب لم يضمنوا لانهم
مامورون بالقتال قال وان اتلف اهل البغي على اهل العدل
شيا ففيه قولان اصحهما انهم لا يضمنون لان عليا رضي الله عنه
قاتل البغاة ولم ينقل عنه تضمين البعض للبعض ودل على انه اجماع
فعلى هذا في وجوب الكفارة وجهان قال وان ولوا قاضيا
نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم الجماعة وهذا يشترط ان يكون اهلا للقضا
ولا يستحل دما اهل العدل واموالهم وان اخذوا الزكاة والخراج
والجزية اعتد به اقتدا بعلي رضي الله عنه وقال المسعودي
لا يعتد بما اخذوه من الجزية قال وان ادعى من عليه زكاة
انه دفع الزكاة اليهم قبل قوله مع يمينه لان الزكاة وجبت على
سبيل المواساة والمسلم امين وقيل يحلف واجبا للتهمة فعلى هذا
اذا لم يحلف الزم بالزكاة لا بالنكول انها كانت واجبة في الاصل وقد
ملك اسقاطها باليمين فاذا لم يحلف رجعنا الى مقتضى الاصل قال
وان ادعى من عليه الجزية انه دفعها اليهم لم يقبل الا ببينة لان
الكفار ليسوا بمامونين والجزية عليهم عوض عن المساكنة فالحقناها
بالاجرة وان ادعى من عليه خراج انه دفع اليهم فقد قيل يقبل
انه مسلم وقيل لا يقبل لان الخراج ثمن او اجرة فلم يقبل قوله بالدفع
كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة وان ادعى من عليه حد انهم
استوفوه منه قبل قوله وقيل ان كان الحد قد ثبت بالبينة لم
يقبل وان ثبت بالاقرار قبل فان ظهر اثر الضرب والقتل قبل قوله

والا فلا قال وان اظهر قوم راي الخوارج ولم يظهروا ذلك
بالحرب لم يتعرض لهم وكان حكمهم حكم الجماعة فيما لهم وعليهم اقتدا
بعلي كرم الله وجهه والخوارج رايهم واعتقادهم ان من اتى
كبيرة فقد كفر وخرج عن الاسلام واستحق الخلود في النار ويطعنون
في الايمة ولا يصلون معهم فان قتل احدهم واحدا من اهل العدل
هل يتحتم قتله فيه وجهان قال وان صرحوا بسب الامام مثل ان
قالوا يا فاسق او يا ظالم عزرهم لتعديهم وان عرضوا بسبه مثل ان
قالوا ما بقي في الناس عادل وقد عم ظلم الناس لم يتعرض لهم لانه يحتمل
السب وغيره وقيل يعزرهم كيلا يفضي الى التصريح بالسب قال
وان اقتتل طايفتان في طلب رياسة او نهب مال او عصبية فهما ظالمتان
وعلى كل واحدة منهما ضمان ما اتلف على الاخرى من نفس ومال
لان سقوط ذلك في البغاة كان لاجل التاويل واعتقادهم اباحة
القتال وهذا منتف ها هنا قال ومن قصد قتل رجل جاز
للمقصود دفعه عن نفسه وهل يجب ذلك قيل يجب لقوله تعالى
ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة وبالقياس على المضطر اذا حضره
الطعام وقيل لا يجب اقتدا بعثمان رضي الله عنه ولان له غرضا في
حصول الشهادة وهل يجب ان يهرب فيه اختلاف نص قال
وان قصد ماله فله ان يدفعه عنه لقوله عليه السلام من قاتل دون
ماله فقتل فهو شهيد وله ان يتركه لانه يجوز له اباحته قال
وان قصد حريمه وجب عليه دفعه لانه لا يجوز اباحته واذا امكن
الدفع باسهل الوجوه لم يعدل الى اصعبها لحصول المقصود فان
امكنه الدفع بالصياح لم يدفع باليد وان كان في موضع لا يلحقه غوث
دفع باليد فان لم يندفع دفع بالعصا فان لم يندفع دفعه بالسلاح

فان لم يندفع الا بقطع عضو قطعه قال فان لم يندفع الا بالقتل
فقتله اي للدفع لم يضمن لانه هو الذي تعدى وعرض نفسه للقتل
اما لو قتله للحقد وكان تعين محض ضمنه قال وان اطلع رجل في بيت
رجل اي فنظر الى حرمه وليس بينهما محرميه جاز رمي عينه لما روى
ابو هريره ان النبي عليه السلام قال ان امرا اطلع عليك فحذفته
بحصاه ففقات عينه فلا جناح عليك وروى ان رجلا اطلع في حجره
من حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان في يده مدرى فقال لو علمت
انك تنظر لطعنت عينك انما جعل الاستيذان لاجل النظر وقيل ليس له
رميه قبل ان ينهاه وهو خلاف ظاهر الخبر قال ويرميه بشي خفيف
اي يكون بحيث يفقا العين للخبر فان رماه بحجر يقتل فقتله فعليه القود
لتعديه وان رماه بشي خفيف فلم يرجع استغاث عليه فان لم يلحقه
غوث فله ان يضربه بما يردعه لما تقدم في الصايل وان عض يد انسان
فنزعها منه فسقطت اسنانه لم يضمن قضى بذلك النبي عليه السلام ولا
فرق في ذلك بين ان يكون العاض ظالما او مظلوما لان العض محرم
بكل حال وان لم يقدر على تخليصها الا بفك لحييه لم يضمن لانه غير متعد
في ذلك قال وان صالت عليه بهيمه فلم يندفع الا بقتلها فقتلها لم
يضمن لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل وبالقياس على الادمي وبالاولى

باب قتل المرتد

الرده عباره عن قطع الاسلام من مكلف اما بفعل صريح في الاستهزا
كالسجود للصنم والقا المصحف في القاذورات او بقول عنادا او استهزا
او اعتقادا وهي في اللغه بمعنى الامتناع من ادا حق يقال فلان مرتد
اي ممتنع من ادا الحق الذي عليه قال تصح الرده من كل بالغ
عاقل مختار فاما الصبي والمعتوه فلا تصح ردتهما للخبر المشهور

وتصح ردة السكران وقيل فيه قولان وقد بينا ذلك في الطلاق ه
قال واما المكره فلا تصح لانه لقوله تعالى الا من اكره وقلبه
مطمين بالايمان وكذلك الاسير في بلد الكفار لا تصح ردته طلبت
منه او لم تطلب لان الحبس والقيد اكراه والافضل لمن اكره
على الكفر ان لا ياتي وقيل ان كان ممن يرجى نكايته في العدو والقيام
باحكام الشرع فالافضل ان يدفع القتل بالتلفظ بكلمه الكفر قال
ومن ارتد عن الاسلام استحب ان يستتاب في احد القولين ولا يجب
لعموم قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ويجب في الاخر
لان عمر رضي الله عنه ترك الاستتابه ثلاثه ايام وتبرى من
ذلك بمحضر من الصحابه وتكرر الاستتابه اذا تكررت الرده قال
وفي مده الاستتابه اي على القولين جميعا قولان احدهما ثلاثه ايام
لما ذكرنا عن عمر رضي الله عنه ولانه اخر حد القله واول حد الكثره
محتمل زوال الشبهه العارضه ظاهرا والثاني في الحال وهو الاصح
لما روى جابر ان امراه يقال لها ام رومان ارتدت عن الاسلام فبلغ
امرها الى النبي عليه السلام فامر ان يستتاب فان تابت والا قتلت
فلم يقدر بالثلث وبالقياس على الحربي وحديث عمر رضي الله عنه يتناول
استمهالهم بالقتل بعد الثلث ولو ارتد ثم جن لم يقتل حتى يفيق ويعرض
عليه الاسلام قال فان رجع الى الاسلام قبل منه اي سوا كانت
ردته الى كفر يتظاهر به اهله او الى كفر يستر به اهله لعموم
قوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله
فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم الا بحقها وان تكرر منه ثم
اسلم عزر لتهاونه بالاسلام وصح اسلامه لعموم الايه والخبر
قال ابو اسحق المروزي اذا تكررت الرده ثم اسلم لا يصح اسلامه

قال وان ارتد الى دين لا تاويل لاهله كعبدة الاوثان كفاه
ان ياتي بالشهادتين لعموم الخبر وان ارتد الى دين يزعم اهله ان محمدا
صلى الله عليه وسلم مبعوث الى العرب او انه نبي لكنه لم يبعث
بعد وانه غير الذي بعث لم يصح اسلامه حتى ياتي بالشهادتين ويتبرى
من كل دين خالف الاسلام لينقطع احتمال ارادة ما يعتقده
هذا قول القاضي ابي حامد ومن اصحابنا من قال التبري من كل
دين خالف الاسلام شرط مطلقا ومنهم من قال انه مستحب مطلقا
اما الاقرار بالبعث والنشور مستحب وان كفر بجحود مجمع عليه او
استباحة محرم مجمع عليه لم يحكم باسلامه حتى ياتي بالشهادتين ويقر
بوجوب ما جحد وجوبه قال وان اقام على الردة وجب قتله
للخبر المتقدم فان كان حرا لم يقتله الا الامام لانه قتل مستحق لله
تعالى فكان للامام كالزاني المحصن فان قتله غيره بغير اذنه عزر
لافتياته عليه قال وان قتله انسان ثم قامت البينة انه كان
رجع الى الاسلام ففيه قولان احدهما يجب عليه القود والثاني
لا يجب عليه الا الدية وقد بينا ذلك في اول كتاب الجنايات قال
وان كان عبدا فقد قيل يجوز للسيد قتله قياسا على اقامة الحد
في الزنا وقيل لا يجوز لانه حق لله تعالى لا يتصل به في اصلاح
ملكه بخلاف حد الزنا قال وان اتلف المرتد مالا او نفسا على
مسلم وجب عليه الضمان لانه التزم ذلك باقراره فلا يسقط عنه
بالجحود وان امتنع بالحرب واتلف ففيه قولان كاهل البغي هذا
نقل ابي حامد وغيره من البغداديين وقال المروزي وغيره
من البصريين لا يجب عليه الضمان قولا واحدا والطريق الاول اصح واصح
القولين عدم وجوب الضمان لانه قضي بذلك في المرتدين الذين قاتلهم

ابو بكر رضي الله عنه كذا ذكر في المهذب قال الشيخ ابو حامد
الصحيح انه يجب الضمان لانهم كفار ولهذا لا ينفذ قضاء قاضيهم بخلاف
البغاة فانهم مسلمون قال وان ارتد وله مال ففيه قولان احدهما
انه باق على ملكه لانه لم يوجد منه اكثر من سبب يبيح القتل فاشبه
الزاني المحصن والثاني انه موقوف فان رجع الى الاسلام حكم بانه له
وان لم يرجع حكم بانه قد زال بالردة كبضع زوجته وقيل فيه قول
ثالث انه يزول بنفس الردة اي الى المسلمين كما ملكوا دمه بالردة
قال في المهذب وعلى هذا يصير فيئا ويوضع في بيت المال
فان رجع الى الاسلام عاد ملكه قال واما تصرفه اي قبل الحجر
ففيه ثلثة اقوال احدها ينفذ والثاني لا ينفذ والثالث موقوف اي
ان كان من التصرفات التي تقبل الوقف بناء على الاقوال في زوال
ملكه وهل يصير محجورا عليه بنفس الردة او يحتاج الى حجر الحاكم
فيه وجهان ويزول عنه بمجرد الاسلام وجها واحدا واما
تصرفه بعد الحجر فلا يصح قولا واحدا على القولين فاذا مات
او قتل قضيت الديون من ماله والباقي فيء لانا وان قلنا زال ملكه
الا انه زوال غير مستقر لانه يعود اليه باسلامه وقال
الخراسانيون اذا قلنا لا يبطل لا تقضى ديونه منه على الاصح قالوا
وهذا في الديون التي لزمته بعد الردة واما الديون قبل الردة
فانها تقضى مطلقا وكذلك تحل الديون المؤجلة بالردة اذا قلنا يزول
ملكه وتقضى منه قال وان اقام وارثه بينة انه صلى بعد الردة
فان كانت الصلوة في دار الاسلام لم يحكم باسلامه وان كانت في دار
الحرب حكم باسلامه وورثه الوارث والفرق انه في دار الحرب غير
مطالب فاتيانه دال على الاسلام ولا كذلك في دار الاسلام وهكذا

الحكم لو صلى الكافر لا صلى قال وان علقت منه كافرة بولد في حال الردة فهو كافر لانه متولد بين كافرين وفي استرقاق هذا الولد قولان احدهما لا لعلقه الاسلام وعلى هذا يستتاب بعد البلوغ فان تاب والا قتل والثاني يسترق كولد الحربيين وعلى هذا لو وقع في الاسر فللامام ان يمن عليه وله ان يفادي به وله ان يسترقه وعنه انه اذا استرقه لم يجز اقراره على الكفر لانه دخل فيه بعد نزول القرآن ولو كان له ولد صغير وحمل محكوم باسلامه فان بلغ واصر على الكفر قتل وقيل فيه قول انه لا يقتله

باب قتال المشركين

من لا يقدر على اظهار الدين في دار الحرب وقدر على الهجرة وجب عليه ان يهاجر ومن قدر على اظهار الدين استحب له ان يهاجر ولا يجب عليه لقوله تعالى ان الذين توفاهم الملائكة ظالمي انفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الارض قالوا الم تكن ارض الله واسعة فتهاجروا فيها فاولئك ماواهم جهنم وساءت مصيرا الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فاولئك عسى الله ان يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا فمفهوم الاية ان لم يكن مستضعفا منهم بل يقدر على الدين فلا اثم عليه ومنطوقها يدل على وجوب الهجرة على المستضعف الذي يقدر على الخروج واستثنا المستضعف الذي لا يقدر على الخروج من الوعيد دليل على انتفا الوجوب عنه اما استحباب الخروج للقادر على اظهار الدين فلقوله تعالى لا تتخذوا اليهود والنصارى اوليا قال والجهاد فرض لقوله تعالى كتب عليكم القتال على الكفاية اذا قام به من فيه الكفاية

سقط عن الباقين لقوله تعالى وفضل الله المجاهدين على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى فلو كان العدو اكثر من عدد اهل الثغر مثل العدو ففيه وجهان احدهما انه يسقط الفرض بهم والثاني لا يسقط قال ومن حضر الصف من اهل الفرض تعين عليه لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار ويستحب الاكثار من الغزو لما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال سئل النبي صلى الله عليه وسلم اي الاعمال افضل قال الصلاة لميقاتها قلت ثم ماذا قال بر الوالدين قلت ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله واصل الغزو الطلب يقال ما مغزاك اي ما مطلبك والغازي يطلب الغنيمة والثواب واعلاء كلمة الله تعالى قال واقل ما يجزي في كل سنة مرة لان تعطيله في اكثر من سنة يطمع العدو فان دعت الحاجة الى اكثر من ذلك وجب لكونه فرض كفاية فيجب منه ما تدعو الحاجة اليه فان دعت الى تاخيره لضعف المسلمين وغير ذلك من الاعذار اخره لان المقصود به النكاية بالعدو وهم على هذه الحالة لا يامن ان يكون بالمسلمين قال ولا يجب الجهاد الا على ذكر حر بالغ عاقل مستطيع فاما المراة والعبد والصبي فلا جهاد عليهم لقوله تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج والمراة ضعيفة وكذلك الصبي والعبد لا يجد ما ينفق فان حضروا جاز لان فيهم معونة ولا يجب الجهاد على معتوه ولا على غير مستطيع وهو الاعمى والاعرج والمريض الذي لا يقدر على القتال اي الاعرج والمريض قال والفقير الذي لا يجد ما ينفق على نفسه او عياله او لا يجد ما يحمله وهو على مسافة تقصر فيها الصلاة للاية فان بذل له الامام ما يحتاج اليه من

المركوب من بيت المال وجب عليه القبول لانه حق بخلاف بذل غير
الامام وبذل الامام من مال نفسه قال ـــــ ولا يجاهد من عليه دين
الا باذن غريمه وقيل يجوز في الدين المؤجل ان يجاهد وقد مر ذلك
في التفليس ولا يجوز لمن احد ابويه مسلم ان يجاهد بغير اذنه
لحديث ابن مسعود فانه قدم برهما على الجهاد واختار في
المهذب انه يجب استيذانهما وان كانا عبدين ويجب استيذان
الجد مع وجود الاب ويفارق ما اذا اراد السفر لعلم فانه يجوز بغير
اذن الوالدين لان الغالب فيه السلامه قال ـــــ فان اذن له
الغريم ثم بدا له قبل ان يحضر الصف لم يغز الا باذنهم وان كان
قد حضر الصف اي وتحقق الزحف وهو اختلاط البعض بالبعض
فقولان احدهما لا يغزو لانه عذر يمنع وجوب الجهاد فطريانه
يمنع الوجوب ابتدا كالمرض والثاني يغزو لانهما حقان متعينان
وتعين الجهاد سابق فقدم ولو طرى عليه عند الزحف عذر يسقط
الجهاد وكان في نفسه كالمرض والعرج فقد قيل ليس له الرجوع
قال ـــــ وان احاط بهم وتعين الجهاد عليهم جاز ان يغزو من غير
اذنهم لان تركه يودي الى الهلاك ولا يجاهد احد اي من الاحرار
المسلمين بعوض وغير عوض لانه فرض على الكفايه فاذا حضر تعين
عليه فلا يقع عن غيره ووجب عليه رد عوضه نعم يجوز ان يستنيب
الكافر والعبد لانه اعرف بمصالح الجهاد ونايبه يقوم مقامه في
ذلك بالحضور قال ـــــ ويكره ان يغزو احد الا باذن الامام لانه
اعرف بمصالح الجهاد ونايبه يقوم مقامه في ذلك ولا يحرم اذ ليس فيه
الا التغرير بالنفس وذلك جائز في الجهاد ويتعاهد الامام الخيل والرجال
فما لا يصلح منها للحرب منع من دخول دار الحرب لانه تغرير من غير

غرض فيه ولا باذن لمخذل ولا لمن يرجف بالمسلمين لان حضورهم
اضرار بالمسلمين والمخذل هو الذي يعبر عن القتال او يضعف قلوبهم
فيقول بالمشركين كثره او حيل لنا ضعفا او هذا حر شديد
او برد شديد والمرجف الذي يكثر الاخبار الذي يؤثر على ظهور الكفار
مثل ان يقول هلكت السريه التي انفذت الى الكفار او قد جاهم مدد
كثير وشبهه فان خرج المخذل والمرجف لم يسهم لهما ولا يرضخ لهما
بشي قال ـــــ ولا يستعين بمشرك لقوله عليه السلام انا لا نستعين
بمشرك الا ان يكون بالمسلمين قله والذي يستعين به من كان حسن
الراي في المسلمين فيجوز حينيذ لان النبي عليه السلام استعان بصفوان
ابن اميه في حال شركه وكان حسن الراي بالمسلمين حتى اذا سمع
رجلا يقول غلبت هوازن وقتل محمد فقال صفوان بفيك الحجر
لرب من قريش اي سيد احب الينا من رب من هوازن فان كان قد
استعان به باجره فقد قيل لا يبلغ به سهم الراجل والمذهب ان ذلك
جايز فان حضر ولم يقاتل فهل يستحق الاجره فيه وجهان قال ـــــ
ويبدا بقتال من يليه من الكفار لقوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار
ويبدا بالاهم فالاهم لانه اصلح للمسلمين وللاسلام قال ـــــ ولا
يقاتل من لم تبلغه الدعوه حتى يعرض عليه الدين لانه لا يلزمهم الاسلام
قبل بلوغ الخبر قال الله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا
فلا يجوز قتالهم على ما لا يلزمهم قال ـــــ ويقاتل اهل الكتابين
والمجوس الى ان يسلموا او يبذلوا الجزيه ويقاتل من سواهم الى ان يسلموا
قال الله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزيه وقال النبي عليه
السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها
عصموا مني دماهم واموالهم قال ـــــ ويجوز بياتهم اي ليلهم ومالهم

من غير انذار لما روي نافع قال اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم
على بني المصطلق وهم غافلون ويجوز نصب المنجنيق عليهم ورميهم
بالنار الا ان يكون معهم اسارى المسلمين ولم يخف الانهزام منهم
لان النبي عليه السلام نصب المنجنيق على الطايف مع انه لا يخلوا عن
النسا والاطفال ويجتنب قتل ابيه وابنه لان النبي عليه السلام
منع ابا بكر رضي الله عنه من قتل ابيه قال الا ان يسمع منه ما لا
يصبر عليه من ذكر الله تعالى او من ذكر رسول الله صلى الله
عليه وسلم لما روي ان ابا عبيده ابن الجراح رضي الله عنه قتل
اباه فقال له النبي عليه السلام لم قتلته قال سمعته يسبك فلم ينكر
عليه وهل يكره قتل من ليس بمحرم من ذوي الرحم كبني الاعمام
فيه وجهان احدهما لا كما لو كان محرما ولا تقتل النسا والصبيان
لما روي ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان
والنسا الا ان يقاتلوا فيجوز قتلهم بالقياس على المسلمات وبل اولى
قال وفي قتل الشيوخ الذين لا راي لهم ولا قتال فيهم واصحاب
الصوامع قولان اصحهما انهم يقتلون لعموم الايه والثاني لا لتشبههم
بالنسا فعلى هذا هل يرقون بنفس الاسر او يثبت التخيير من الاشيا
الثلثه فيه وجهان قال وان تترسوا بالنسا والصبيان لم يمنع
من قتالهم لئلا يتخذ ذلك ذريعه الى تعطيل الجهاد وقيل ان كان في التحام
الحرب يجوز رميهم وان كان معهم قليل من اسارى المسلمين اي بالنسبه
الى عددهم لم يمنع من رميهم لان الغالب انه يصيب الكفار دون المسلمين
وان كان معهم كثير منهم لم يرمهم اي بان كانوا مثل عدد المشركين
او اكثر لان الغالب انه يصيب المسلمين الا اذا خافوا شرهم اي خاف
ان لا يقاتلهم انهزم المسلمون وهلكوا لان حفظ من معنا اولى قال

وان تترسوا بهم في حال القتال لم يمنع من قتالهم اي اذا خفنا الانهزام
لما بينا غير انه يجتنب ان يصيبهم اي لا يقصد ويكون في اصابه المسلم
وقيل يرميهم بكل حال كما لو تترسوا بالنسا والصبيان وليس بشي لان حرمتهم
اكد وان تترسوا بمن بيننا وبينهم امان من الكفار فهو كما لو تترسوا
بالمسلمين قال ومن امنه مسلم بالغ عاقل مختار اي بلفظ او اشاره
مفهمه حرم قتله لقوله عليه السلام ذمه المسلمين واحده فمن اخفر
مسلما فعليه لعنه الله والملايكه والناس اجمعين نعم لو رد الكافر
الامان بطل وجاز قتله ولو امنه اسير لم يصح امانه قال وان
امنه صبي لم يصح امانه لانه عقد فلا يصح من الصبي كساير العقود ولم يقتل
غير انه يعرف انه لا امان له ليرجع الى مامنه لانه لما دخل على
امان جعل شبهه له ومن امنه اسير قد اطلق باختياره حرم قتله لعموم
النص وان كان اسيرا وقد قال القفال لا يصح امانه لانه لا يتصور
منه حقيقه الامان لان يقتضي ان يكون المومن امنا فلهذا قلنا المكره
لا يصح امانه وخالفه بعض الاصحاب ويشترط في امان غير الامام
ونايبه ان يكون امانه لعدد قليل لا يتعطل الجهاد باحابهم كالواحد
والعشره واهل قلعه صغيره قال ومن اسلم منهم في الحرب او في
حصار او مضيق حقن دمه وماله اي حبسه وحفظه للخبر المشهور
وصان صغار اولاده عن السبي لان النبي عليه السلام حاصر بني قريظه
فاسلم ابنا سعيه فحقن اسلامهما دماهما واموالهما واولادهما
نعم لو كانت له زوجه جاز استرقاقها على المنصوص وقيل لا يجوز ولو
كان له حمل لم يجز استرقاقه وهل يجوز استرقاق الحامل فيه وجهان

فصل

ومن عرف من المسلمين من نفسه بلاء في الحرب
جاز ان يبارز وقيل يكره وليس بشي لما روي ابو هريره رضي الله عنه

ان النبي عليه السلام سئل عن المبارزه بين الصفين فقال لا باس وان
ما بيد ضعيف جاز وقيل لا يجوز والمستحب لمن اراد البراز ان يستاذن
الامام فان بارز بغير اذنه جاز وقيل لا يجوزه قال ــــ وان بارز كافر
استحب لمن عرف من نفسه بلاء في الحرب ان يخرج اليه كيلا تضعف قلوب
المسلمين وتقوى قلوب المشركين فان شرط ان لا يقاتله غيره وفى له بالشرط
الا ان يثخن المسلم اي يضعفه بالجرح عن القيام والتصرف قال ــــ
او ينهزم منه فيجوز قتاله لانه شرط الامان حال القتال وقد تقتضي
اللهم الا ان تكون العاده ان يقاتل غير من يوفى اليه فتجعل العاده
كالشرط وقيل يستحب ان يقاتله غيره فان شرط ان لا يتعرض له حتى
يرجع الى الصف وفي له بذلك اتباعا للشرط قال ــــ وليس للمسلم
ان ينصرف عن اثنين اي في حال القتال لقوله تعالى الان خفف الله عنكم
وعلم ان فيكم ضعفا فان يكن منكم مائه صابره يغلبوا مائتين وان يكن منكم
الف يغلبوا الفين فهذا امر بلفظ الخبر والا لوقع بخلاف المخبر عنه
قال ــــ الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئه اي ينهزم الى قوم ليعود
معهم الى القتال قريبه كانت الفئه او بعيده لقوله تعالى الا متحرفا لقتال
او متحيزا الى فئه فقد باء بغضب من الله قال ــــ فان خاف ان يقتل
اي غلب على ظنه ذلك فقد قيل له ان يولي لقوله تعالى ولا تلقوا بايديكم
الى التهلكه والمذهب انه ليس له ذلك لعموم الايه ولقوله تعالى اذا لقيتم
فئه فاثبتوا قال ــــ وان كان بازايه اكثر من اثنين فله ان ينصرف
لمفهوم الايه ولكن ان غلب على ظنه انه لا يهلك فالاولى ان يثبت حتى
لا ينكسر المسلمون وان غلب على ظنه انه يهلك فالاولى ان ينصرف فيجوز
ان يثبت لانه اذا قتل فاز بالشهاده وقيل يجب عليه ان ينصرف لقوله تعالى
ولا تلقوا بايديكم الى التهلكه فعلى هذا لو ثبت لكان مرتكبا للكبيره هذا

كله حال التقاء الصفين فاما لو لقي رجل من المسلمين رجلين من المشركين
في غير الحرب وطلباه للقتال فهل له ان ينهزم عنهما فيه وجهان
ولو طلباه ولم يطلبهما فله ان ينهزم قولا واحدا قال ــــ وان غرر
بنفسه من له سهم في قتل كافر ممتنع في حال الحرب استحق سلبه لقوله عليه
السلام من قتل قتيلا له عليه بينه فله سلبه وان كان لا سهم له وله رضخ
اي كالصبي والعبد والمراه فقد قيل يستحق لعموم الخبر وقيل لا يستحق لانه
لا يستحق الراتب فلان لا يستحق السلب وهو غير راتب كان ذلك اولى
فعلى هذا يصير كما لو قتله مخذل او من نحص بغير اذن الامام وان
لم يغرر بنفسه بان رماه من الصف فقتله او قتله وهو اسير او مثخن لم يستحق
سلبه لان ابن مسعود رضي الله عنه قتل ابا جهل وكان قد اثخنه
غلامان من الانصار فلم يدفع النبي عليه السلام سلبه اليه قال ــــ وان
قتله وقد ترك القتال او انهزم لم يستحق سلبه لانه لم يكف المسلمين شره
فالتحق بالاسير والمثخن ولو قتله موليا لكن استحق سلبه قال ــــ
وان اشترك اثنان في قتله اشتركا في سلبه لاشتراكهما في السبب وان قطع
احدهما يديه ورجليه وقتله الاخر فالسلب للقاطع لانه كفى شره وان
قطع احدهما احدى يديه واحدى رجليه وقتله الاخر ففيه قولان
احدهما ان السلب للاول لانه عطله والثاني انه للثاني لانه هو الذي
كفى شره لانه بعد القطع يمكنه ان يمشي ويجلب ويركب ويقاتل قال ــــ
وان قتل امراه او صبيا فان كان لا يقاتل لم يستحق سلبه لانه لم يغرر بنفسه
وان قتله وهو يقاتل استحق سلبه لانه غرر بنفسه والسلب ما ثبتت
يده عليه حال القتال من ثيابه ونفقته وفرسه وسلاحه وقيل لا يستحق
الحلي اي كالطوق والسوار والخاتم قال ــــ والمنطقه والنفقه لانه
ليس بجنه للقتال فاشبه المتاع والجنيبه والاول اصح لان يده عليه

في حال القتال فهو كحنه الحرب قال وان اسر صبيا رق وكذا
المراه لان النبي عليه السلام كان يقسم السبي كما يقسم المال قال
فان كان وحده تبع السابي في الاسلام قال ابو حامد هذا اجماع وعليه
انه لا يستقل بنفسه اذ لا حكم لكلامه فجعل تابعا للسابي لانه كالاب
في الحضانه والكفاله وحكى في المهذب وجها اخر انه باق على حكم الكفر
ولا يتبع السابي وقال هو ظاهر المذهب لان يد السابي يد ملك
فاشبهت يد المشتري قال في الحاوي انه يتبع السابي في الاسلام
ثم فيه وجهان احدهما انه يحكم باسلامه قطعا وهو قول جمهور
البغداديين والثاني انه يحكم باسلامه في الظاهر دون الباطن وهو قول
جمهور البصريين قال وان كان معه احد ابويه تبعه في الدين
لما روي ابو هريره رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال كل
مولود يولد على الفطره فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ولو
بلغ الصبي عاقلا ثم جن ثم اسلم احد ابويه فهل يتبعه في الاسلام
فيه وجهان اصحهما انه يتبعه قال وان سبي امراه رقت بالاسر
وان كان لها زوج انفسخ نكاحها واستدل الشافعي رضي الله عنه
بان رسول الله صلى الله عليه وسلم سبى اوطاس وبني المصطلق
وقسم الفي وامر ان لا توطى حامل حتى تضع ولا حايل حتى تحيض ولم
يسال عن ذات زوج ولا غيره وان كان الزوجان مملوكين او احدهما
قال بعض الاصحاب ينفسخ النكاح وقال في المهذب لا نص فيه
والذي يقتضيه قياس المذهب انه لا ينفسخ قال وان اسر حرا
اي وكان بالغا من اهل القتال فللامام ان يفعل ما فيه المصلحه من القتل
والاسترقاق والمن والمفاداه بمال او بمن اسر من المسلمين فان
راى القتل فله ذلك لقوله تعالى اقتلوا المشركين وان راى المن فله

ذلك لقوله تعالى فاما منا بعد واما فدا وان راى ان يسترقه
وله كتاب او شبهه كتاب وليس من العرب جاز للاجماع وان كان
من العرب او عبده الاوثان فكذلك على المذهب لان من جاز عليه المن
في الاسر جاز استرقاقه وقال في القديم لا يجوز استرقاق العرب
لقوله عليه السلام يوم حنين لو كان الاسترقاق ثابتا على العرب
لكان اليوم وقال الاصطخري لا يجوز استرقاق عبده الاوثان
لانهم لا يقرون بالجزيه فاشبه المرتد فلو بذل الاسير الجزيه وطلب
عقد الذمه هل يجب قبولها منه فيه وجهان قال ولو استرقه
وكان له زوجه انفسخ نكاحها لما سبق ولا ينفسخ قبل الاسترقاق
اذا لم يثبت هي في دار الحرب لان العله هي حدوث الرق ولم يتحقق
قال وان اسلم في الاسر سقط قتله لانه مسلم وبقي الخيار
في الباقي في احد القولين ويرق في الاخر لانه اسير لا يجوز قتله
فاشبه الصبي والمراه والمذهب الاول لانه عليه السلام فادى العقيل
بن ابي طالب بعدما اسلم في الاسر فعلى هذا لا يجوز ان يفادى به الا ان
يكون له عشيره يامن معهم على دينه ونفسه وان استرقه ثم فاداه
بمال كان للغانمين فلو اراد المن بعد ذلك لم يجز الا برضاهم قال
وان عزر بنفسه في اسره فقتله الامام او من عليه ففي سلبه قولان
احدهما انه لمن اسره لان هذا ابلغ في التغرير مما لو قتله والثاني
ليس له لانه لم يكف المسلمين شره بالقتل قال فان استرقه
او فاداه بمال فهل يستحق من اسره رقبته او المال المفادى به فيه
قولان لانه حصل بسبب التغرير فكان على قولين كالسلب قال
وان حاصر قلعه فنزل اهلها على حكم حاكم جاز لان النبي عليه السلام حاصر
بني قريظه ومكنهم ان ينزلوا على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه

وجب ان يكون الحاكم حرا مسلما ثقة من اهل الاجتهاد اي فيما
حكم فيه لانه ولاية فشرط فيها الصفات كولاية القضا نعم يجوز
ان يكون اعمى ويجوز ان ينزلوا على حكم اثنين ولا يحكم الا بما فيه
الحظ للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفدى لان رعاية
مصالح المسلمين متعين وان حكم بعقد الذمة لم يلزمهم لانه عقد
معاوضة فلا يصح بدون رضاهم وقيل يلزمهم لانهم رضوا بحكمه
وان حكم بقتل الرجال ورأى الامام ان يمن عليهم جاز لان النبي عليه
السلام عفا عن رجل من بني قريظة مع حكم سعد بقتل الرجال نعم
لو حكم باسترقاقهم ورأى الامام ان يمن عليهم لم يجز الا برضا الغانمين
قال وان نزلوا على حكم حاكم فاسلموا قبل ان يحكم فيهم بشيء عصم
الاسلام دماهم واموالهم وحرم سبيهم لما تقدم وان اسلموا بعد الحكم
سقط القتل لزوال سببه وهو الكفر وبقي الباقي لانه متعلق حقوق
المسلمين ولا يجوز ابطاله عليهم قال وان مات الحاكم قبل الحكم
ردوا الى القلعة لانهم نزلوا على امان ولا يجوز قتلهم

فصل

ويجوز لامير الجيش ان يشترط البداه والرجعه ما راى على قدر عملهم
لما روي انه عليه السلام كان ينفل في البداه الربع وفي القفول
الثلث وقيل الربع والثلث مما غنمت السريه وقيل من خمس الخمس
وقيل مثل ثلث وربع سهمه من الغنيمه والبداه هي السريه التي يبعثها
الامام وقت دخوله الى بلاد العدو والرجعه والقفول هي التي
ينفذها بعد رجوعه من بلادهم وهولاء عملهم اكثر لانهم يدخلون
بلاد العدو وهم على هيبه فلهذا جعل لهم الثلث وقيل البداه هي
الجيش الذي يدخل اولا الى ديار العدو والرجعه الجيش الثاني
قال ويكون ذلك من خمس الخمس اي اذا شرط ان يكون من مال

المسلمين لانه من المصالح فاشبه بنا القناطر فاما لو شرطه من
المال الذي يوخذ من المشركين اتبع موجب الشرط قال ويجوز
ان يشرط لمن دله على قلعه جعلا فان كان المجعول له كافرا جاز ان يجعل
له جعلا مجهولا لانه موضع ضروره والمعامله تتعلق بالكافر
فاشبه اشتراط الربع والثلث نفلا من مال الكافر وقال الخراسانيون
يجوز ان يكون الدليل مسلما على احد الوجهين قال ابن الصباغ اذا
كان الجعل من مال المسلمين استحقه بمجرد الدلاله وان فتح القلعه
وان قال من دلني على القلعه الفلانيه فله منها جاريه اي حره
كانت او امه عينها او لم يعينها فدل عليها ولم تفتح لم يستحق شيئا
وقيل يرضخ له لدلالته وليس بشي لان ظاهر اللفظ يشعر بانه اراد
من دلني على القلعه وفتحت لان الجاريه لا يمكن اعطاوها
الا اذا فتحت فلو انصرف الامير عنها ثم عاد وفتحها فهل يستحق الدليل
ما شرط فيه وجهان قال وان فتحت صلحا وامتنع صاحب القلعه
من تسليم الجاريه اي لتحقق المشروط في الصلح اقتضى دخولها فيه
وامتنع المجعول له من قبض قيمتها فسخ الصلح اي وردوا الى القلعه
لتعذر الجمع بين الحقين وعدم المرجح وقيل الجاريه للدليل
وشرطها في الصلح لا يجوز كما لو زوجت امراه من شخص ثم
زوجت من اخر قال وان فتحت عنوه وقد اسلمت الجاريه
قبل الفتح اي والدليل كافر دفع اليه قيمتها وقيل لا يستحق شيئا
لان الشرع منع استحقاقها فالحقت بالمعدومه والمذهب الاول
لان النبي عليه السلام لما صالح اهل مكه على ان يرد اليهم من جاء من المسلمات
ومنعه الله تعالى من ردهن وامره برد مهورهن فكذا هنا يجب رد
القيمه فاما لو اسلمت بعد القدره سلمت الى الدليل ان كان مسلما وان

دان كافرا بنى على سنرايه للعبد المسلم قال ـــــ وان ماتت قبل الفتح
ففيه قولان احدهما يرفع اليه قيمتها كما لو اسلمت والثاني لا شي له كما
لو لم يوجب اصلا قال ـــــ في الحاوي الاولى عندى انها ان ماتت بعد
القدره عليها استحق قيمتها وان ماتت قبل القدره فلا شي له قال ـــــ ويجوز
قطع اشجارهم وتخريب ديارهم لان النبي عليه السلام حرق نخل بني النظير
فان غلب على الظن انها تحصل لهم فالاولى ان لا يفعل ذلك وقيل
يحرم لانه يصير غنيمه قال ـــــ ولا يجوز قتل البهايم لنهيه عليه السلام
عن قتل الحيوان لغير ماكله الا اذا قاتلوا عليها فانه يجوز قتلها لان في
ذلك خذلان العدو وكذا لو اخذ المسلمون منهم خيلا وخافوا ان
ياخذوها ويقاتلوا عليها جاز قتلها على الصحيح قال ـــــ ويقتل
الخنازير لانه يحرم الانتفاع بها فوجب اتلافها كالخمر وقيل ان لم يكن
فيها عدوى لم يقتل ويراق الخمور وتكسر الملاهي كما لو وجدت في يد
مسلم ويتلف ما في ايديهم من التوراه والانجيل كيلا يطالعها مسلم
فتغويه وذلك بغسلها ان كانت مكتوبه في رق ويمزق ان كانت
مكتوبه في ورق ولا يجوز احراقها لما فيه من اتلاف ما ليتها قال
ويجوز اكل ما اصيب في الدار من الطعام اي الطعام المحتاج اليه في
العاده كالقوت والفاكهه والحلوى من غير ضمان اي وان لم
يستاذن الامام رواه ابن عمر رضي الله عنه ويعلف منه الدواب
للحاجه هذا اذا لم تكن حاجه فهل يجوز الاكل فيه وجهان اصحهما
انه يجوز ولا يجوز ان يدهن منه شعره ولا شعر دابته ولا يعلف منه
الجوارح كالفهد والصقر ولا يجوز تناول ما يصاب من الادويه الا
لحاجه بشرط الضمان ولا يجوز لبس ما يصاب من الثياب قال ـــــ ويجوز
ذبح ما يوكل للاكل من غير ضمان لكن يجب ذاهبا بها الى المغنم وقيل يجب

ضمان ما يذبح كغيره من الحيوان وليس بشي لانه ماكول فجاز
التوصل الى اكله من غير ضمان كساير الاطعمه وخصص الخراسانيون
الجواز بالغنم خاصه وحكوا وجهان في التضمين اذا امكن سوقها الى دار
الاسلام قال ـــــ وان رجعوا الى دار الاسلام ومعهم شي من الطعام
ففيه قولان احدهما يجب رده الى المغنم لزوال الحاجه هذا اذا
كان قبل القسمه اما اذا كان بعد القسمه يرده الى الامام ليوصله الى
الغانمين على ما يراه والثاني لا يجب لان كل ما جاز اكله في دار الحرب
جاز اكله في دار الاسلام وقيل القولان اذا كان قليلا اما اذا كان
كثيرا وجب رده قولا واحدا قال ـــــ وما سوى ذلك من الاموال
لا يجوز لاحد منهم ان يستبد به اي ينفرد به فمن اخذ منهم شيئا
وجب رده الى المغنم لتعلق حق الغير به وله قول اخر انه اذا قال
الامير من اخذ شيئا فهو له صح ومن اخذ شيئا ملكه لقوله عليه السلام
يوم بدر من اخذ شيئا فهو له والاول اصح لقوله عليه السلام الغنيمه
لمن شهد الوقعه واما غنايم بدر فكانت لرسول الله صلى الله عليه
وسلم يضعها حيث شا ولهذا اسهم منها لعثمان رضي الله عنه
وكان بالمدينه قال ـــــ ومن قتل من الكفار كره نقل راسه من بلد
الى بلد روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولا مخالف لهما من الصحابه
قال ـــــ وان غلب الكفار المسلمين على اموالهم لم يملكوها لقوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا قال وان استرجعت وجب
ردها على اصحابها كالاموال المغصوبه وان لم يعلم حتى قسم عوض
صاحبها من خمس الخمس جبرا ولا تفسخ القسمه ٥

باب قسم الفي والغنيمه

الغنيمه مشتقه من الغنم وهو الفايده الحاصله بغير بدل والفي من قولهم
فا اي رجع وفي الشرع الغنيمه ما احرز من الكفار بالقتال وايجاف
الخيل والركاب ولا ايجاف الاسراع في السير والركاب الابل والمراد
اخذ على سبيل القهر والغلبه قال ومتى يملك ذلك فيه قولان
احدهما بانقضا الحرب لقوله عليه السلام الغنيمه لمن شهد الوقعه
والثاني بانقضا الحرب وحيازه المال لان المال قبل حيازته معرض للاسترداد
فلا يكمل الاستيلا عليه الا بحيازته وحكى المحاملي قولين فيما ثبت
للحق في الغنيمه وحكى الغزالي فيما به يملك ثلثه اقوال احدها بالقسمه
والثاني بالاستيلا ولكن ملكا ضعيفا يسقط بالاعراض والثالث انه موقوف
الى القسمه او الاعراض وعلى الخلاف يخرج ما لو لحقهم مدد او مات من
بعض المجاهدين فرسه بعد انقضا الحرب وقبل حيازه المال قال واول
ما يبدي فيه سلب المقتول فيدفع الى القاتل لان حقه سابق على الاغتنام
ثم يقسم الباقي على خمسه اسهم واعلم انه لا بد من تقديم اجره
السقا والحافظ وتقديم الرضخ اذا قلنا من اصل الغنيمه قال
ثم يقسم الخمس على خمسه اسهم لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من
شي فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن
السبيل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف في المصالح
لقوله عليه السلام ما لي مما افا الله عليكم الا الخمس والخمس مردود عليكم
رده على المسلمين ولم يكن ذلك الا بصرفه في مصالحهم واهمها سد الثغور
ثم الاهم فالاهم من ارزاق القضاه والمؤذنين وغير ذلك من المصالح
واختلف في اضافه هذا السهم الى الله تعالى فقيل تبركا بالافتتاح
وقيل ان مصارفه مصارف القرب وقيل ليعلم انه ليس مختصا بالنبي عليه
السلام اختصاصا يسقط بموته قال وسهم لذوي القربى وهم بنو هاشم

وبنو المطلب دون غيرهم من قريش كذلك فعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم وان كان القياس يقتضي ان يقدم بنو هاشم لانهم اقرب الى الرسول
عليه السلام لانهم اولاد جده اما بنو عبد المطلب فهم اولاد عم ابيه
قال للذكر مثل حظ الانثيين خلافا للمزني لنا انه مال مستحق بقرابه
الاب بالشرع ففضل الذكر فيه على الانثى كميراث ولد الاب ه
قال ويدفع الى القاصي والداني منهم لظاهر الايه وقيل يدفع ما يحصل
في كل اقليم الى من فيه منهم دفعا لمشقه النقل وهذا ضعيف لان
الامام لا ينقل بل يحسب ما يحصل في كل اقليم وعدد من فيه منهم فان
فضل بعد التوزيع في بعض الاقاليم نقل والا فلا ه قال وسهم
لليتامى الفقرا وقيل يشترك فيه الاغنيا والفقرا لان اليتيم عباره عن
صغير لا اب له وليس بشي لان غناه بالمال فوق غناه بالاب قال وسهم
للمساكين وهو كل محتاج اي الفقرا والمساكين لانه اذا افرد المساكين
تناول الفريقين قال وسهم لابنا السبيل يصرف اليهم على قدر
حاجاتهم كما في الزكاه ولا يعطي الكافر منه شي لانه عطيه من الله
تعالى اضاف الغنيمه الى الغانمين واقتطع خمسها لاهل الخمس فدل
على ان الباقي للغانمين ويعطى الراجل سهم وللفارس ثلثه اسهم لما
روى ابن عمر ان النبي عليه السلام اسهم للراجل سهم وللفارس ثلثه
اسهم سهم للراجل وسهمان للفرس لا يسهم لغير الخيل بالاجماع قال
ولا يسهم الا لفرس واحد كذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
مع الزبير قال وان دخل الى دار الحرب راجلا ثم حصل له فرس
يحضر به الحرب الى ان ينقضي اسهم له كما لو كان الفرس معه عند دخول
الدار وان عار فرسه ولم يجده الا بعد انقضا الحرب لم يسهم له كما لو نفق
وقيل يسهم له لانه خرج من يده بغير اختياره وكان يتوقع عوده حال

تعالى ثم يقسم الاربعه الاخماس وهم اربعه اخماس بين الغانمين لان الله

القتال وليس بشي قال وان غصب فرسا وقاتل عليه فالسهم له على
اظهر القولين فيكون عليه اجرة المثل لصاحب الفرس ولصاحبه
في تراجعنا على القولين في ربح الدراهم المغصوبة التي نقدها مما اشتراه
في الذمة وقيل لا يسهم للفرس المغصوب اصلا قال وان حضر
بفرس ضعيف او اعجف اي مهزول لا يسهم له في احد القولين لانه حيوان
يسهم له فلم يسقط بذلك سهمه كالرجل ولا يسهم له في الراجح لفوات
المقصود المطلوب من الفرس وقيل يسهم له ان امكن القتال عليه
ولا يسهم له ان لم يمكن القتال عليه وحمل النصان على هذين الحالين
وهذا اقيس واكثرون اقرب الى ظاهر نصه قال ومن مات
او خرج عن ان يكون من اهل القتال بمرض قبل ان ينقضي الحرب لم
يسهم له لانه ليس من اهل القتال وقيل يسهم للمريض فان لم يرج زوال
مرضه قال ويرضخ للعبد والمراة والصبي والكافر اذا حضروا
باذن الامام كذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقدر الرضخ
الى اجتهاد امير الجيش ولا يبلغ سهم راجل فلو انفرد به النسا
والصبيان والعبيد ودخلوا دار الحرب وغنموا ما لا فقد قيل لا يخمس
وقيل يقسم المال بينهم كما نراه من المفاضلة كما يقسم الرضخ وقيل
يرضخ لهم ويرد الباقي الى بيت المال وقيل يقسم للراجل سهم وللفارس
ثلاثة اسهم بعد اخراج الخمس قال القاضي ابو الطيب والاول
اصح وان غزا اهل الكتاب فلم يكن قد اذن لهم الامام فقد قيل يرضخ لهم
ويوخذ الباقي وقيل يترك في ايديهم ولا يخمس قال وفي الاجير
ثلاثة اقوال احدها يسهم له ويستحق اجرته ايضا لان استحقاق السهم
بالحضور واستحقاق الاجرة بالتمكين وقد اجتمع له الامران والثاني
يرضخ له لان منفعته مستحقة لغيره فاشبه العبد والثالث يخير

فان اختار السهم فسخت الاجارة وسقطت الاجرة اي لمدة القتال وقيل
لمدة دخول دار الحرب الى انقضا القتال وان اختار الاجرة سقط
السهم لان المنفعة الواحدة لا يستحق بها عوضان وقال ابو علي
الطبري قول التخيير لا يجي الا اذا كان المستاجر هو الامام لاجل
مصلحة الغانمين لحفظ دوابهم وشبهه واعلم ان المسالة مفروضة
في الاجارة المقدرة بالزمان المتناول لوقت حضوره في القتال فاما
اذا لم يكن كذلك فانه يستحق السهم قولا واحدا وقال
الخراسانيون في هذا الخلاف اذا قاتلوا اما اذا لم يقاتلوا لم يستحقوا
قولا واحدا قال وفي تجار العسكر قولان احدهما يرضخ لهم ولا يسهم
لهم لانهم لم يقصدوا الجهاد ولكن حصل نوع ارهاب والثاني يسهم لهم
لانهم من شهود الوقعة وقيل لئن قاتلوا اسهم لهم لان الجهاد
هو القتال وقد تحقق منهم فان لم يقاتلوا فعلى قولين تقدم ذكرهما
وتوجيههما وقيل القولان اذا قاتلوا فاما اذا لم يقاتلوا فلا يسهم
لهم قولا واحدا قال ومن اين يكون الرضخ فيه ثلاثة اقوال احدها
من اصل الغنيمة كالسلب واجرة النقال والثاني من اربعة اخماسها
لانه مستحق بالحضور فاشبه سهم الغزاة والثالث من سهم المصالح
لانه من المصالح واما الاربعة اخماس فلانها مستحقة للغانمين
فلا تصرف منها من غير رضاهم وقيل ان القول الثاني يجري في
اهل الذمة خاصة قال وان خرجت سريتان من الجيش الذي خرج الى
العدو الى جهة واحدة اي في طريقين او طريق واحد فغنمت احداهما
شيا اشتركوا فيه اي السريتان والجيش لانه جيش واحد فاما
لو لم يكن الجيش قد خرج الى العدو لم يشارك احدى السريتين
ولا الجيش الاخرى فيما غنمت فان بعث امير الجيش سريتين الى موضعين

فغنمت احداهما شيا اشتركوا فيه كما يشتركون فيما يغنمه الجيش
وقيل ما يغنمه الجيش مشترك بينه وبين السريتين لاعتضاده
بهما وما تغنمه كل واحدة من السريتين يكون بين السرية الغانمة
والجيش لاعتضادها به ولا يشاركهما فيه السرية الاخرى
لان احداهما ليست اصلا للاخرى قال الخراسانيون يشترط ان
تتقارب السريتان والجيش بحيث ينضم بعضهم الى البعض عند الحاجة

فصل واما الفي فهو كل مال اخذ من الكفار
من غير قتال كالمال الذي تركوه فزعا من المسلمين والجزية والخراج
والاموال التي يموت عنها من لا وارث له من اهل الذمة وفيها
قولان احدهما انه يخمس فيصرف خمسها الى اهل الخمس اما المال
الذي تركوه فزعا من المسلمين فلقوله تعالى ما افاء الله على رسوله من
اهل القرى فلله وللرسول الاية واما الباقي فقياسا عليه
والثاني لا يخمس الا ما هربوا عنه فزعا من المسلمين او بذلوه للكف
عنهم وما عداه لا يخمس لانه مال ماخوذ من غير خوف فاشبه المال
الماخوذ بالبيع قال وفي اربعة اخماسها قولان احدهما انها للاجناد
المسلمين اي المرابطين في الثغور المقيمين يجاهدون الذين يغزون
اذا نشطوا لان النبي عليه السلام كان يستحق ذلك لما القى الله في
قلوبهم من الرعب وهذا المعنى موجود فيهم فليقسم بينهم على
قدر كفاياتهم ولا يصرف ما زاد على كفاياتهم الى غيرهم والثاني انها
للمصالح لان النبي عليه السلام كانت مستحقة في حياته لشرفه
فاشبه خمس الخمس واهل المصالح اجناد المسلمين قال
فيعطون من ذلك قدر كفاياتهم والثاني للمصالح وقال بعض الخراسانيين
لنا قول اخر انه يصرف جميع الفي الى مصارف الخمس لظاهر الاية

وقال في المستظهري وفي قدر العطية من الاربعة الاخماس قولان
احدهما يعطى الكفاية والثاني انه يعطى زيادة عليها قال
ويبدى فيه بالمهاجرين يقدم الاقرب فالاقرب الى النبي عليه السلام
اقتداء بعمر رضي الله عنه ويسوى بين بني هاشم وبني المطلب لما روي
عمر رضي الله عنه انه قال حضرت رسول الله صلى الله عليه
وهو يعطيهم فاذا كان السن في الهاشمي قدمه على المطلبي واذا كان
في المطلبي قدمه على الهاشمي قال فان استوى بطنان في
القرب قدم من فيه اصهار النبي عليه السلام فيقدم بنو العزى بن
قصي على بني عبد الدار بن قصي لان خديجة بنت خويلد رضي الله عنها
منهم قال ثم بالانصار اي اذا فرغ قريش قدم الانصار
على غيرهم لاثارهم الحميدة واختلف الناس في قريش فمنهم من قال
كل من ينتسب الى النضر بن كنانة فهو من قريش ومنهم من قال
كل من ينتسب الى فهر بن مالك فهو من قريش قال ثم بسائر الناس
اعلم انه تقدم العرب منهم على العجم وهذا الترتيب معتبر للتقديم لا
للتفضيل في العطايا والتفضيل بينهم يكون على قدر حاجاتهم قال
ومن مات منهم دفع الى زوجته وورثته الكفاية لانهم اذا علموا انهم
يتكفل مع عيالهم ذلك انبعثوا على الجهاد قال الخراسانيون عليه
احتمال بلوغ الصبي وصيرورته من اهل الجهاد فعلى هذا لا يعطى الا
الذكور قال فان بلغ الصبي واختار ان يعرض له فرض له
وان لم يختر ترك اي ويكون من اهل الصدقات الذين اذا نشطوا غزوا
ولنا قول اخر انه لا يعطى ورثته ولا زوجته شيئا من الفي اصلا
قال ومن خرج عن ان يكون من المقاتلة اي كما لو طرت عليه زمانة
او عمي سقط حقه لزوال سبب استحقاقه الا انه التحق بالذرية وان

مرض مرضا يرجى زواله استحق وان طال مرضه قال وان
كان في مال الفي راضي وقلنا انها للمصالح صارت وقفا تصرف غلتها
فيها لان المصلحه فيها ان تكون وقفا من غير لفظ على احد الوجهين
كما انه لما وجبت للنسا والصبيان دفوا من غير لفظ واعلم
انه يستثنى عن هذا سهم ذوي القربى فانه يقسم بينهم ملكا مطلقا
على اصح الوجهين لانه لا مدخل لاجتهاد الامام فيه بالتفصيل اذ هو
مقسوم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وان قلنا انها للمقاتله اي
الاربعة اخماس قسمت بينهم كاربعة اخماس الغنيمه وقيل تصير
وقفا وتقسم غلتها بينهم لان لاجتهاد الامام مدخلا في الفي بدليل
انه يجوز ان يفضل البعض على البعض للمصلحه ان يكون بخلاف الغنيمه

باب عقد الذمه وضرب الجزيه

الجزيه فعله من جزى يجزي اذا قضى تقول العرب جزيت ديني اي
قضيته وقيل مشتقه من الجزا اما على اقرارهم على الكفر واما على
تقاربهم في دار الاسلام قال لا يصح عقد الذمه الا من الامام
او ممن فوض اليه الامام لانه من المصالح العظام ولا تعقد الذمه لمن
لا كتاب له ولا شبهه كتاب كعبده الاوثان والمرتدين جمعا من تدد
لمفهوم قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزيه
قال ومن دخل في دين اليهود والنصارى بعد النسخ والتبديل
قال في المحرر وذلك بعد نزول القران لانه دخل في دين باطل
فاشبه عبده الاوثان قال في الحاوي وهل نسخت التوراه بالانجيل
فيه وجهان اظهرهما نعم والثاني لا بل انما نسخت بالقران واما عيسى
عليه السلام فانه ارسل الى اليهود الا انهم غيروا وبدلوا فعلى

فعلى الاول من دان باليهود بعد مبعث عيسى عليه السلام فهو على
الباطل وعلى الثاني هو على الحق قال ويجوز ان تعقد لليهود
والنصارى والمجوس ولمن دخل في دين اليهود والنصارى ولم يعلم
هل دخل قبل النسخ والتبديل او بعده اي كنصارى العرب وهم
بهرا وتنوخ وتغلب لانه لما اشكل الامر جوزنا ذلك احتياطا
لحقن الدم قال واما السامره والصابيه فقد قيل يجوز ان تعقد لهم
وقيل لا تجوز وقد بينا ذلك في النكاح ومن تمسك بدين ابراهيم وشيث
وغيرهما من الانبيا عليهم السلام اي كصحف ادم وزبور داود عليهما
السلام فقد قيل تجوز ان تعقد لهم لعموم الايه وقيل لا يعقد لهم لانها
ليست مواعظ لا احكام فيها فلم يكن لها حكم الكتب الاخر قال
ولا يعقد لمن ولد بين وثني وكتابيه وفيمن ولد بين كتابي ووثنيه قولان
اصحهما انه يعقد له لانا بينا في النكاح وذكر في الحاوي
اربعه اوجه احدها انه يكون في ذمته ملحقا بابيه كالنسب والثاني انه
بامه كالرق والثالث باشرفهما دينا كما يلحق بالمسلم والرابع
باغلظهما كفرا قال ولا يصح عقد الذمه الا بشرطين
التزام احكام المله فيما يرجع الى حقوق الادميين وبذل الجزيه
لقوله تعالى حتى يعطوا الجزيه عن يد وهم صاغرون اي يلتزموا
ادا الجزيه وقوله صاغرون اي ملتزمون لجريان احكام الاسلام
عليهم هكذا فسره الشافعي رضي الله عنه في الام ومن الناس من
قال الصغار ان تؤخذ الجزيه منهم وهم قيام والاخذ جالس ومنهم
من قال تؤخذ الجزيه منهم قياما باليسار قال والاولى ان تقسم
الجزيه على الطبقات فيجعل على الفقير المعتمل دينار وعلى المتوسط
ديناران وعلى الغني اربعة دنانير اقتدا بعمر رضي الله عنه

واقل ما يوخذ منهم دينار لقوله عليه السلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن
خذ من كل حالم دينارا او عدله معافر وهو اسم لنوع من الثياب
تعمل باليمن ويروى معافري فيكون منسوبا الى هذه الثياب
واكثره ما وقع عليه التراضي كالوكيل في البيع اذا منع من البيع
بدون دينار قال ويجوز ان تضرب الجزيه على الرقاب لحديث ويجوز
ان تضرب على اراضيهم اي على ما لخرج من ثمر وزرع ويجوز ان يضرب
على مواشيهم فتوخذ باسم الصدقه كما فعل عمر رضي الله عنه مع
نصارى العرب وهم بهرا وتنوخ وتغلب لما انفوا من اسم الجزيه
ولا يجوز ان ينقص ما ياخذ من اراضيهم ومواشيهم عن دينار لانه
جزيه في الحقيقه وقيل يجوز وقيل لا بد وان يشترط في العقد انه
ان نقص عن دينار تمم قال ويجوز ان يشترط عليهم بعد الدينار
ضيافه من يمر بهم من المسلمين روى ذلك عنه عليه السلام وفعله
عمر رضي الله عنه فلو جعلت الضيافه هي الجزيه من غير الدينار
فقد قال اكثر العراقيين انه لا يجوز وقال اكثر البصريين انه يجوز
قال ويبين ايام الضيافه في كل سنه ويذكر قدر من يضاف من
الفرسان والرجاله ومقدار الضيافه من يوم او يومين او ثلثه ولا
يزاد على ثلثه ايام لقوله عليه السلام الضيافه ثلثه ايام د ويبين
مقدار الطعام والادم والعلف واصنافها نفيا لجهالة العوض ويكون
من جنس طعامهم وادامهم نفيا للمشقه عنهم ويقسم ذلك على عددهم
وعلى قدر جزاهم وظاهر هذا انه يشترط الضيافه على الفقير ايضا وهكذا
نقل الشيخ ابو حامد وقال في المهذب لا تشترط الضيافه على
الفقير وان وجبت عليه الجزيه لانها تتكرر ولا يمكن القيام بها قال
وعليهم ان يسكنوهم في فضول مساكنهم وكنايسهم كذلك فعل عمر رضي الله عنه

قال المسعودي فلو حال الحول وقد بقي عليهم شي من الضيافه
استوفي قال ومن بلغ من اولادهم استونف له عقد الذمه
على ظاهر النص فعلى هذا تضرب عليه ما تقع عليه التراضي وقيل توخذ
منه جزيه كجزيه ابيه لانه لما تبعه في الامان تبعه في الذمه والاول
اصح لان العقد الاول كان للاب دونه قال وتوخذ الجزيه في
اخر الحول لحديث معاذ ويوخذ ذلك منهم برفق كما توخذ ساير الديون
وقال الخراسانيون توخذ على وجه الاهانه فيطاطي الذمي راسه
عند التسليم وياخذ المستوفي بلحيته ويضرب في لهازمه ويقول
يا عدو الله ادي حق الله وقالوا هذا مستحب على احد الوجهين وواجب
في الاخر فعلى هذا لو وكل مسلما في الادا او ضمن مسلم عنه الجزيه لم يصح
قال ولا توخذ من صبي لمفهوم حديث معاذ ولا امراه ولا عبد
ولا مجنون لانهم لا يقتلون بالكفر فاشبهوا الصبي قال الخراسانيون
توخذ من المجنون على احد الوجهين قال الشافعي رضي الله عنه ولو
شرطوا على الرجال ان يودوا عن نسايهم وابنايهم غير ما يودون عن
انفسهم جاز ذلك اذا كان من اموالهم وكان زياده على جزيتهم وان
كان من اموال النسا والصبيان لم يجز بل لو التزمت المراه الجزيه فالمذهب
انه لا يلزمها واذا دفعت ذلك البنا كان كالهديه بخلاف الرجل اذا
التزم زايدا على الدينار فانه يلزمه لان اصل الجزيه واجب على الرجل
دون المراه ويحكى في الحاوي وجها انه يلزمهن الجزيه ببذلهن قال
وفي الشيخ الفاني والراهب قولان بنا على القولين في قتلهما قال
وفي الفقير الذي لا كسب له قولان احدهما لا تجب لانه حق يتعلق بالحول فلا
تجب عليه كالزكاه فعلى هذا اذا ايسر استونف الحول والثاني تجب
لعموم الايه لانها عوض فعمت الغني والفقير فعلى هذا يطالب بها اذا

ايسر لما مضى من السنين وقيل يطالب ولا ينظر الى الميسرة مواخذة
له بفعل هذا انه لم يقدر على تحصيلها بيد اليه العهد وقال
بعض الخراسانيين لا خلاف في وجوبها عليه وانما الخلاف في وقت
الدفع قال وان كان فيهم من يجن يوما ويفيق يوما فالمنصوص
انه تؤخذ منه الجزية اي كاملة في اخر الحول ولا ينظر الى الجنون
المنقطع كالغشي وقيل يلفق ايام الافاقة فاذا بلغ قدرها حولا وجبت
الجزية وهو الاظهر لانه ليس تغليب احد الامرين باولى من الاخر
فتعين التلفيق وقال القفال ان كان مفيقا اخر الحول اخذت منه
الجزية والا فلا قال ومن مات منهم او اسلم بعد الحول اخذت منه
جزية ما مضى ولا تسقط قياسا على دين الادمي قال ومن مات
منهم او اسلم في اثنا الحول فقد قيل تؤخذ منه جزية ما مضى وقيل فيه
قولان احدهما لا يجب عليه شي لانه حق يتعلق بالحول فلم يتعلق ببعضه
كالزكاة والثاني يجب لما مضى بقسطه وهو الاصح لانه حق يجب
بالمساكنة فوجب عليه بقدر ما سكن كنظيره من الاجارة قال وان
مات الامام او عزل وولي غيره ولم يعرف مقدار الجزية رجع الى قولهم
اي مهما لم ينقص عن دينار ويحلفون استحبابا لان الاصل عدم التزام
ما اقروا به وقال في الحاوي اليمين واجبة

فصل

ويأخذهم الامام باحكام المسلمين من ضمان المال والنفس والعرض
للاية واذا اتوا ما يوجب الحد مما يعتقدون تحريمه كالزنا والسرقة
اقام عليهم الحد لما روي انه عليه السلام رجم يهوديين زنيا بعد
احصانهما وان لم يعتقدوا تحريمه كشرب الخمر لم يقم عليهم الحد لانهم
لا يعتقدون تحريمه نعم لو اظهروا الشرب عزروا قال ويلزمهم
ان يتميزوا عن المسلمين في اللباس اي بان يكونوا فيما يظهر من ثيابهم

ثوب يخالف لونه لون ثياب المسلمين قال في التهذيب ويخيط
على الكتف لا على الذيل واللون الاصفر اولى باليهود والادكن
وهو نوع من الفاختي اولى بالنصارى والاسود اولى بالمجوسي لان
ذلك عادتهم قال فان لبسوا قلانس ميزوها عن قلانس
المسلمين بالخرق ويشدون الزنانير اي خيوطا غلاظا في اوساطهم
اي فوق الثياب والتمييز يحصل باحد الامرين نعم لو شرط عليهم
الغيار والزنار جميعا اخذوا بهما قال ويكون في رقابهم خاتم من
رصاص او نحاس او جرس يدخل معهم الحمام ليتميزوا به ولهم ان يلبسوا
العمايم والطيلسان لان التمييز يحصل بغير ذلك وهل يمنعون من
لبس الديباج فيه وجهان قال وتشد المراة الزنار تحت الازار
وفوق الثياب حتى لا يصف ابدانهن ويكشف عن رؤوسهن وقيل بل فوق
الازار كالرجل ويكون في عنقها خاتم يدخل معها الحمام ويكون
احد خفيها اسود والاخر ابيض ليتميزن ولا يركبون الخيل لان فيها
وقيل لا يمنعون ويركبون البغال والحمير بالاكف عرضا اي
في جانب واحد وقال الشيخ ابو حامد يركبون مستويا ولكن يكون
الركاب من خشبة قال ولا يصدرون في المجالس ولا يبدؤون بالسلام
ويلجؤون الى اضيق الطرق ويمنعون ان يعلوا على المسلمين في البنا
ولا يمنعون من المساواة وقيل يمنعون خوفا من اطلاعهم على المسلمين
وهل يمنعون من العلو في محلة واحدة ينفردون بها من البلد فيه وجهان
وان ارادوا ان يرتفقوا بابنيتهم باخراج الجناح والاجنحة والروشن
الى الطريق السابلة فيه وجهان والمقصود التمييز بينهم وبين المسلمين
على وجه لا يكون فيه تشبيه والتزموا ذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه
قال وان ملكوا دارا عالية اقروا عليها لانهم ملكوها على هذه

الصفه نعم لو انهدمت لم يمكن له ان يعلبها كما كانت على اصح الوجهين
قال ويمنعون من اظهار المنكر اي كالصليب ولا عياد التي
لهم ورفع الصوت على امواتهم ونكاح ذوات المحارم والخمر والخنزير
والناقوس والجهر بالتوراه ولانجيل ويمنعون من احداث البيع
والكنايس في دار الاسلام روي عن عمر رضي الله عنه والممنعون
من اعاده ما استهدم منها اي فيما صولحوا عند فتح البلد على اقراره
كما لا يمنعون من تشييد ما تشعث منها وقيل يمنعون روي ذلك عن
عمر رضي الله عنه لانه يشبه الاستحداث قال في الحاوي
وعندي انه ينظر في خرابها فان صارت دارسه مستطرقه منعوا من
بنايها وان كانت شعثه جاز لهم بناوها وان فتحت بلده عنوه او
صلحا ولم يستثن البيع والكنايس هل يقرون عليها وجهان قال
وان صولحوا في بلدهم على الجزيه لم يمنعوا من اظهار المنكر والخمر
والخنزير والناقوس والجهر بالتوراه ولانجيل واحداث البيع والكنايس
لان الدار لهم وليست بدار الاسلام قال ويمنعون من المقام
في الحجاز وهي مكه والمدينه واليمامه ومخاليفها اي قراها وقيل
هي الرساتيق واحدها مخلاف وهي اسم القرى المجتمعه وسمي
حجازا لانه حجز بين تهامه ونجد وقيل لاحتجازه بين الجبال
والحجاز بعض جزيره العرب لان جزيره العرب في قول الاصمعي
من اقصى عدن الى ريف العراق في الطول ومن جده الى ما والاها
من ساحل البحر الى اطراف الشام في العرض وفي قول ابي عبيده
من حفر ابي موسى وعلى منازل من البصره على طريق مكه خمس او ست
منازل الى اقصى اليمن في الطول وما بين يبرين الى السماوه في العرض
ودليل المنع ما روي ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم

اوصى باجلا اليهود والنصارى من جزيره العرب والمراد الحجاز
لان احدا من الخلفا ما اجلاهم من اليمن مع دخولها في جزيره العرب
واجلوا من الحجاز على ما قلنا ونصارى نجران ما اجلوا لانها من الحجاز
بل لانهم نقضوا عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ترك الربا
فان اذن لهم اي الامام او نايبه في الدخول لتجاره او رساله لم يقيموا
اكثر من ثلثه اي في موضع واحد ثم ينتقلوا الى موضع اخر
روي ذلك عن عمر رضي الله عنه فلو مرض ولم يمكنه الخروج اقام
الى ان يبري وان مات وخيف من نقله التغير لبعد المسافه دفن
فيه قال وقيل ان كانوا من اهل الذمه اخذ منهم لدخول
الحجاز نصف العشر من تجاراتهم وان كانوا من اهل الحرب اخذ منهم
العشر اي من غير شرط اذ تقرر ذلك بالشرع بفعل عمر رضي الله
عنه وليس بشي لانه امان من غير شرط فلم يستحق به مال كالهدنه
ولا يوخذ من تجاره الذمي اذا دخل الحجاز في السنه الا مره واحده
كالجزيه وهل يتكرر في الحربي فيه وجهان قال ولا يمكن
مشرك من دخول الحرم بحال لقوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا والمراد الحرم بدليل سياق الايه وهو قوله
تعالى وان خفتم عيله فسوف يغنيكم الله من فضله وانما خافوا
العيله بانقطاع المشركين عن التجاره في الحرم لا في نفس المسجد
الحرام قال فان دخل ومات ودفن نبش واخرج الى الحل
ثم يفعل به ما ذكرنا فيمن مات في الحجاز لان جيفته اعظم من دخوله
حيا الا ان يكون قد انقطع فلا يخرج لان النبي عليه السلام لم يامر
بنقل من مات ودفن فيه قبل الفتح والحرم من طريق المدينه على ثلثه
اميال ومن طريق العراق على سبعه اميال ومن طريق مكه الجعرانه

في تسعه اميال ومن طريق جده على عشره اميال ومن طريق الطايف
على عرفه على سبعه اميال قال ولا يدخلون ساير المساجد الا
باذن اي من المسلمين لحاجه له الى مسلم او لسماع كتاب الله تعالى
عند رجا اسلامه وشبهه اما للاكل والنوم فلا لانهم ليسوا من
اهلها قال فان كان جنبا فقد قيل لا يمكن من اللبث كالمسلم
وقيل يمكن لانه لا يعظمه خلاف المسلم قال ويجعل الامام على
طايفه منهم رجلا يكتب اسماهم وحلاهم ويستوفي عليهم ما يوخذون
به ويعرف من يخرج منهم عن ان يكون من اهل الجزيه بالموت
او الاسلام او من يدخل من اولادهم بالبلوغ والذي يقتضيه المذهب
ان يكون العريف مسلما لان اهل الذمه غير مامونين قال
وعلى الامام حفظ من كان منهم في دار الاسلام ودفع من يقصدهم
بالاذيه اي من المسلمين والكفار واستنقاذ من اسر منهم واسترجاع
ما اخذ منهم من اموالهم سوا كانوا مع المسلمين او كانوا منفردين
عنهم في بلد لانهم انما بذلوا الجزيه لحفظهم وحفظ اموالهم اللهم
الا ان لا يكون عندنا مال الا كالخمر والخنزير فانه لا يجب استرجاعه
قال فان لم يفعل ذلك حتى مضى الحول لم تجب الجزيه لان الجزيه
للحفظ ولم يوجد قال وان تحاكموا الينا مع المسلمين وجب الحكم بينهم
لانه لا يجوز ان يحكم على المسلم حاكم الكفار قال وان تحاكموا
الينا بعضهم في بعض ففيه قولان احدهما يجب الحكم بينهم لانه يلزم الذب
عنهم فوجب الحكم بينهم كالمسلمين والثاني لا يجب لانهم لا يعتقدون
شريعتنا فلم يجب الحكم بينهم كالمعاهدين فعلى هذا ان تراضوا بحكمه بينهم
ويشترط التزامهم بعد الحكم للزومه هذا اذا اتحدت الملتان اما اذا كان
احدهما نصرانيا والاخر يهوديا وجب الحكم لان كل واحد لا يرضى بحكم

ملة الاخر وقيل يطرد القولين وعلى القولين يبني وجوب الحضور عليه
اذا طلبه الحاكم للحكم وقيل القولان في حقوق الادميين اما في حقوق
الله تعالى فيجب الحكم قولا واحدا وقيل عكس ذلك قال وان
تبايعوا بيوعا فاسده وتقابضوا ثم تحاكموا الينا لم ينقض ما فعلوا لانهم
تراضوا به فلم يتعرض له وان لم يتقابضوا نقض عليهم لان ذلك موجب
حكم الاسلام ونحن لا نحكم بينهم الا بحكم الاسلام قال الله تعالى وان احكم
بينهم بما انزل الله وان تحاكموا الى حاكم لهم فالزمهم التقابض اي
وتقابضوا لاجل الزامه ثم رفعوا ذلك الى حاكم المسلمين امضى ذلك
في احد القولين كما لو تقابضوا برضاهم ولا يمضي ذلك في الاخر
لانه قبضه عن اكراه فاشبه ما لو لم يقبض قال وان اسلم منهم
صبي مميز اي اتى بالشهادتين لم يصح اسلامه في المشهور لانه
غير مكلف فلم يصح اسلامه كالمجنون فعلى هذا يحال بينه وبينهم فان
بلغ ووصف الكفر هدد وضرب فان اصر على الكفر رد الى اهله
وقيل يصح اسلامه في الظاهر دون الباطن فعلى هذا ان بلغ ووصف
الاسلام حكم باسلامه من حين اتى بالشهادتين وان وصف الكفر ولم يصف
الاسلام لم يحكم باسلامه لانه لا يوثق منه بما كان منه في الصغر
الا بما يضاف اليه بعد البلوغ قال وان امتنعوا من اداء الجزيه و
التزام احكام المله انتقض عهدهم لان الذمه لم تنعقد الا بهما وفي معناهما
قتال المسلمين قال وان زنا احدهم بمسلمه او اصابها بنكاح
او اوى عينا للكفار اي جاسوسا او دل على عوره المسلمين او فتن مسلما
عن دينه او قتله او قطع عليه الطريق نظر فان لم يكن قد شرط ذلك
في عقد الذمه لم ينتقض العهد لبقا ما تقتضيه من التزامه اداء الجزيه
واحكام المله وان شرط عليهم فقد قيل ينتقض عليهم وهو الاصح لانهم

خالفوا ما شرط عليهم وفيه ضرر على المسلمين فانتقض به العهد
كقتال المسلمين وقيل لا ينتقض عهدهم اذا لم يشترط فكذلك اذا شرط
كترك الغيار وان ذكر الله تعالى او رسوله او دينه بما لا يجوز فقد
قيل ينتقض عهده كالاشيا الثلثه وقيل ان لم يشترط لم ينتقض وان شرط
فعلى وجهين لان فيه ضررا على المسلمين فالحق بالاشيا السبعه قال
ابو بكر الفارسي من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل حدا
قال وان فعل ما منع منه مما لا ضرر فيه كترك الغيار واظهار
الخمر وما اشبههما عزر عليه ولا ينتقض العهد لانتفا الضرر
وان خيف منهم نقض العهد لم ينبذ اليهم عهدهم على ما سياتي في الهدنه
قال ومتى فعل ما يوجب نقض العهد رد الى مامنه في احد
القولين اي بعد استيفا الحد منه ان كان موجبا لانه حصل في دار
الاسلام بامان فاشبه ما لو دخل بامان الصبي وقتل في الحال في القول
الاخر وهو الاصح لانه مفرط في نقض العهد فان راى الامام
الاسترقاق او المن او الفدا فله ذلك كما في الاسير وهل ينتقض
العهد في ذراريهم ونسائهم فيه وجهان اصحهما انه لا ينتقض ه

باب عقد الهدنه

الهدنه عقد من اهل الحرب على الكف عن قتالهم واشتقاقها من
الهدون وهو السكون فانهم اذا صالحهم هدنت نايره الفتنه وسكنت
قال لا يجوز عقد الهدنه لاقليم او لصقع عظيم الا للامام
او من فوض اليه الامام لان تجويزه للاحاد يفضي الى تعطيل الجهاد
قال فان راى في عقدها مصلحه اي بان يرجوا اسلامهم او بذل
الجزيه او معاونه المسلمين على قتال غيرهم جاز ان يعقد لقوله تعالى

براه من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين الايه وروي
ان النبي عليه السلام صالح سهيل بن عمرو في الحديبيه على ترك
القتال عشره سنين قال ثم ينظر فان كان مستظهرا فله ان
يعقد اربعه اشهر لقوله تعالى فسيحوا في الارض اربعه اشهر
ولا يجوز سنه لعموم قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
وعموم قوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر
قال وفيما بينهما قولان احدهما لا يجوز لما ذكرناه والثاني
يجوز لانها مده تقصر عن مده الجزيه فاشبهت اربعه اشهر وكذا
ذكر في الحاوي انه اذا كان الامام مستظهرا ان يعقد الامان
لماله موبدا وفي الامان لذريته وجهان احدهما انه كالمال قال
وان لم يكن مستظهرا او كان مستظهرا ولكنه يلزمه في غزوهم
مشقه لبعدهم عنه جاز ان يهادنهم عشره سنين لان النبي عليه
السلام راى ضعف المسلمين فهادنهم قال الشعبي لم يكن
في الاسلام فتح من صلح الحديبيه قال فنقض النبي عليه السلام صلح
سهيل فقيل انه نسخ وقيل انه لم ينسخ بل هم بدوا بنقض العهد
فان قلنا نسخ لم تجز الهدنه اكثر من اربعه اشهر لا لحاجه
ولا لضروره وان قلنا لم ينسخ وكان لضروره ففيه قولان احدهما
يجوز الى سنه والثاني يجوز الى عشره سنين قال وان هادن
يهود خيبر مطلقا ولكن قال اقركم ما اقركم الله وفي روايه انه
ما شينا قال وعلى الامام ان يدفع الاذى عنهم من جهه المسلمين
واهل الذمه لان الهدنه عقدت على الكف ولا يلزمه دفع الاذى
عنهم من جهه اهل الحرب ولا منع بعضهم من بعض لان الهدنه عقدت
على الكف عنهم لا على الحفظ لهم بخلاف اهل الذمه قال وان جا

منهم مسلم لم يجب رده اليهم ولا يجوز اجبار المسلم على الاقامة عندهم
فان شرطنا ذلك وكان له عشيرة تذب عنه جاز ان يشرط ويجب الوفاء بالشرط
قال الخراسانيون يجب الوفا بالشرط ودفعه اليهم وان جاءت منهم
مسلمة لم يجز ردها اليهم لان ام كلثوم بنت عقبة ابن ابي معيط جاءت
مسلمة بعد صلح الحديبية فجا اخوها يطلبها فقال له النبي عليه السلام
ان الله منع الصلح في النسا ولم يسلمها اليه قال وان جا زوجها
اي المشرك بعد دخوله بها او قبله يطلب ما دفع اليها من الصداق
ففيه قولان احدهما يجب رده اليه اي من خمس الخمس والثاني لا يجب
وهو الصحيح ومنشا الخلاف ان النبي عليه السلام رد المهور في صلح
الحديبية لانه كان قد شرط في العقد ردهن ثم نسخ الرد او لان اطلاق
العقد يتناول البضع فاذا لم يرد وجب رد بدله اما نفقة العرس
والوليمة فلا يجب ردها قولا واحدا لانه متبرع واعلم ان الكلام فيما
اذا جاءت الى بلد فيها الامام او نائبه فاما لو جاءت الى بلد ليس فيه الامام
ولا نائبه لم يجب رد المهر قولا واحدا لانه يجب في سهم المصالح وذلك
الى الامام او الى نائبه فلا يطالب به غيرهما وان جاءت منهم امة نظرت
فان فارقتهم وهي مشركة لم يجب ردها ووجب رد قيمتها قال وان
تحاكموا الينا لم يجب الحكم بينهم لانا لم نشترط الا مجرد الكف قال وان
خيف منهم نقض العهد جاز ان ينبذ اليهم عهدهم لقوله تعالى واما
تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سوا قال ابن الصباغ لا يكفي
ان يقع في نفس الامام خوف منهم حتى يكون في العقد دلالة ويفارق
اهل الذمة حيث لا ينبذ اليهم عهدهم بذلك لانهم في قبضته فيمكن
استدراك ما يخافه منهم ولان عقدهم اقوى لتابيده ولا ينقض عهدهم
الا ان يحكم الامام بنقضه لان ذلك يحتاج الى نظر واجتهاد بخلاف ما لو

نقضوا هم العهد بقتال ومظاهرة عدو او قتل مسلم او اخذ ماله
فانه لا يفتقر الى حكم الامام لانه امر ظاهر لا يحتاج الى نظر واجتهاد
واذا انتقض لخوف الخيانة وجب ان يردهم الى مامنهم قال وان
دخل حربي الى دار الاسلام من غير امان جاز قتله واسترقاقه وكذا المن
عليه والمفاداة كالاسير وكان ماله فيئا لانه حصل بغير قتال
فلو ادعى انه جاء في رسالة قبل قوله وان ادعى مسلم امانا فهل يقبل قوله فيه
وجهان قال وان استاذن في الدخول ورأى الامام المصلحة في
الاذن بان يدخل لتجارة ينتفع بها المسلمون او في اداء رسالة او باخذ
من تجارتهم شيئا جاز ان ياذن له في الدخول تحصيلا للمصلحة فاذا
دخل جاز ان يقيم اليوم والعشرة اي على قدر حاجته فاذا انقضت
حاجته لم يمكن من المقام وان طلب ان يقيم مدة جاز ان ياذن
له اي الامام او نائبه في المقام اربعة اشهر ولا يجوز سنة وفيما
بينهما قولان لانه في معنى المهادنين واذا اقام لزمه التزام احكام المسلمين
فيضمن المال والنفس ويجب عليه حد القذف وهكذا المهادنين
لان العقد اقتضى امان المسلم في نفسه وماله وعرضه فلزمه ما يجب
في ذلك قال ولا يجب عليه حد الزنا والشرب لانه لم يلتزم حقوق
الله تعالى وفي حد السرقة والمحاربة قولان احدهما يجب لانه يجب
لصيانة حق الادمي فاشبه حد القذف والثاني لا يجب لانه محض حق
الله تعالى فاشبه حد الزنا قال ويجب دفع الاذى عنه كما يجب
عن الذمي اي اذا قصد الاذية من المسلمين ومن معهم من اهل الذمة
لان الهدنة عقدت على ذلك اما انه لا يجب دفع من قصدهم من اهل
الحرب ولا دفع بعضهم عن بعض وقد تقدم بيانه قال وان رجع الى
دار الحرب باذن الامام في تجارة او في رسالة فهو باق على الامان في

نفسه وماله كالذمي اذا دخل دار الحرب لتجارة وان رجع الى
الاستيطان انتقض الامان في نفسه وما معه من المال لانه هو
الذي اختار ذلك قال ــــــ وان اودع مالا في دار الاسلام لم ينتقض
الامان فيه ويجب رده اليه وفاء بالعهد فان قتل او مات في دار
الحرب ففي ماله قولان احدهما يرد الى ورثته لان من ورث مالا
ورثه بحقوقه فهو الامان من حقوقه والثاني انه يغنم ويصير فيئا
لان بموته انتقل الى وارثه الكافر ولا امان له وقيل اذا لم يشترط
الامان للوارث كان فيئا قولا واحدا قال ــــــ وان اسر واسترق
صار ماله فيئا اعلم ان هذا تفريع على قولنا انه لو مات في دار الحرب
كان ماله فيئا اما اذا فرعنا على انه لو مات في دار الحرب كان ماله
للوارث فها هنا يوقف لانه لا يمكن نقله الى الوارث لانه حي
ولا الى بيت المال لانه مال له امان فان عتق صرف اليه وان مات كان
فيئا لان العبد لا يورث وقيل يصرف الى الوارث قال ــــــ فان قتل
او مات في الاسر اي قبل الاسترقاق ففيه قولان كما لو مات في دار
الحرب وان مات في دار الاسلام قبل ان يرجع الى دار الحرب رد
ماله الى ورثته على المنصوص لانه مات على امانه فبقي ماله على الامان
خلاف ما لو مات في دار الحرب وقيل هي ايضا على قولين وهكذا
الحكم لو مات في دار الحرب وكان قد دخل للتجارة باذن الامام ٥

باب خراج السواد

ارض السواد ما بين حديثة الموصل الى عبادان طولا وما بين
القادسية الى حلوان عرضا اعلم ان البصرة لا تدخل في حكم ارض
السواد وان دخلت في هذا الحد لانها ارض سبخة احياها عثمان
ابن ابي العاص وعتبة بن غزوان بعد الفتح الا موضع من شرقي
دجلتها يسمى الفراة ومن غربي دجلتها يسمى نهر المراة فانهما
داخلان في حكم ارض السواد وسميت ارض السواد لخضرتها والعرب
تسمي الاخضر اسود قال ــــــ الساجي وهو اثنان وثلثون الف
الف جريب وعلل ذلك بان طولها مائة وخمسة وعشرون فرسخا
وعرضها ثمانون فرسخا فاذا ضربنا الطول في العرض كان عشرة
الالف فرسخ واربعمائة فرسخ وذلك ستة وثلثون الف الف
جريب كل جريب ستة الف ذراع واربع مائة ذراع كذلك مسحها عثمان
ابن حنيف من قبل عمر وهذه الارض فتحها عمر رضي الله عنه عنوة
ثم استطاب قلوب الغانمين واخذها منهم مخافة ان يشتغلوا بها عن
الجهاد قال ــــــ وهي وقف على المسلمين على المنصوص اي وقفها
عمر رضي الله عنه عليهم لما روي عن سفيان الثوري انه قال
جعل عمر السواد وقفا على المسلمين ما تناسلوا فعلى هذا لا يجوز
بيعها ولا رهنها ولا هبتها كغيرها من الاعيان الموقوفة وما
يوخذ منها باسم الخراج فهو اجرة تصرف في مصالح المسلمين
وهل دخلت المنازل التي كانت موجودة قبل الفتح في الوقف
فيه وجهان فان قلنا لم تدخل قلنا المواضع التي احدثت فيها المساجد
لم تدخل وان قلنا المنازل تدخل كان احداثهم المساجد محمولا على
انها المصالح المسلمين فاذا اتفقوا على عمل المساجد كان ذلك من جملة
المصالح وهل يجوز لمن في يده الثمار التي حدثت من الاشجار التي كانت
موقوفة قبل الوقف الانتفاع بها فيه وجهان احدهما لا بل
على الامام ان ياخذها ويبيعها ويصرف ثمنها في مصالح المسلمين واما
الاشجار المستحدثة بعد ذلك فيوخذ منها الخراج فحسب وانما جازت

هذه الاجاره موبده لانها تصرف في اموال الكفار فلم يعتبر فيه
الشرايط وصار كالمال المشروط للبداه والرجعه فانه يصح مع جهالته
وقيل انها مملوكه بدليل ان الناس يتبايعونها الى يومنا من غير نكير وما
يوخذ منها باسم الخراج ثمن وهذا لا يصح لان عقبه بن فرقد
اشترى منها شيا فانكر عليه عمر رضي الله عنه قال والواجب
ان يوخذ ما ضرب به امير المومنين عمر رضي الله عنه وهو من كل جريب
كرم عشره دراهم ومن كل جريب نخل ثمانيه دراهم ومن كل جريب
رطبه او شجر سته دراهم ومن كل جريب حنطه اربعه دراهم ومن
كل جريب شعير درهمان وعلى جريب الزيتون اثنا عشر درهما وقيل
على الجريب من الكرم والشجر عشره دراهم ومن النخل ثمانيه دراهم
ومن قصب السكر سته ومن الرطبه خمسه ومن البر اربعه ومن
الشعير درهمان واعلم ان الذي رايت في المهذب وكثير من
الكتب ان منهم من قال على جريب النخل عشره وعلى جريب الكرم
ثمانيه وسبب ذلك اختلاف الروايه عن عثمان بن حنيف فيما ضربه
على ارض السواد ورضي به عمر رضي الله عنه ٥

كتاب الحدود

الحد المنع وسمي الحد حدا لكونه مانعا من التعدي الى المحرم

باب حد الزنا

اذا زنا البالغ العاقل المختار فهو مسلم او ذمي او مرتد وجب عليه
الحد ونعني بقولنا زنا انه وطي امراه محرمه عليه من غير عقد ولا ملك
ولا شبهه ملك ونعني بالوطي تغييب الحشفه في الفرج واعلم ان من
جمله الامور المعتبره لوجوب الحد العلم بالتحريم ولم يذكره الشيخ
وانما اعتبرنا العقل والبلوغ لان الصبي والمجنون ليسا من اهل الحد
للخبر المشهور وانما اعتبرنا الاختيار لان المكره ليس من اهل العقوبه
للخبر المشهور ولكن هل يتصور اكراه الرجل على الزنا فيه
وجهان احدهما انه يتصور كما في المراه وانما اعتبرنا ان يكون مسلما
او مرتدا او ذميا ليتحقق كونه ملتزما للاحكام فان من لم يلتزم
الاحكام كالحربي لا نقيم عليه قال وان كان محصنا فحده الرجم
لما روي ان عمر رضي الله عنه قال الرجم في كتاب الله تعالى الا
ان الرجم اذا احصن الرجل وقامت عليه البينه او كان الحمل والاعتراف
وقد قرانا الشيخ والشيخه اذا زنيا فارجموهما البته وقد رجم
رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا وكان ذلك بمحضر من الصحابه
ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا قال والمحصن من وطي في
نكاح صحيح وهو حر بالغ عاقل وانما اعتبرنا الوطي في النكاح الصحيح
لانه ذكره العلماء في تفسير المحصن والثيب وهل يحصل بالوطي
في النكاح الفاسد وبالشبهه فيه قولان اصحهما انه لا يحصل قال
وان وطي وهو عبد ثم عتق او صبي ثم بلغ او مجنون ثم افاق فليس بمحصن
وقيل هو محصن لانه وطي يحل للزوج الاول فثبت به الاحصان
كما لو كان بعد الكمال قال الغزالي وهو الاظهر والمذهب
الاول لان النبي عليه السلام علق الرجم بزنا الثيب فلو جاز ان يحصل بالوطي
في حال النقصان لما علق به الرجم لما فيه من تخلف الحكم عن السبب فعلى
المذهب لو وطي في نكاح صحيح وكان احدهما حرا بالغا عاقلا والاخر
مملوكا صبيا او مملوكا مجنونا ففيه قولان احدهما لا يصير واحد
منهما محصنا والثاني وهو الصحيح ان الكامل منهما يصير محصنا دون
الاخر وانما اعتبرنا الحريه لان الرقيق لا يرجم لعموم قوله عليه السلام
اذا زنت امه احدكم فليجلدها الحد ولان الرجم اعلا من جلد مايه فاذا لم

يثبت على الرقيق جلد مايه فالرجم اولى وان كان غير محصن نظرت فان
كان حرا فحده جلد مايه وتغريب عام لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد
مايه وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مايه والرجم قال الى مسافه
تقصر فيها الصلاه لان ما دون ذلك في حكم الحضر الذي كان فيه المنع
من القصر والفطر والمسح على الخفين ثلثه ايام اما لو راى الزياده
على مسافه القصر فله ذلك وقيل يجوز على ما ينطلق عليه اسم الغربه
وان كان دون مسافه القصر وفي ابتدا مده التغريب وجهان احدهما
من وقت اخراجه من بلده والثاني من وقت حصوله في المكان الذي
غرب اليه قال وان كان عبدا فحده جلد خمسين لقوله تعالى
في الاما فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والعبد في معنى
وفي تغريبه ثلثه اقوال احدها لا يجب لقوله عليه السلام اذا زنت
امه احدكم فليجلدها الحد فلم يذكر التغريب ولان القصد من الاخراج
التعذيب بمفارقه الاهل والرقيق لا اهل له في الغالب وهذا اضعف
الاقوال والثاني يجب تغريب عام لانها مده مقدره بالشرع فاستوى
فيها الحر والعبد كمده العنين والثالث يجب تغريب نصف عام للايه
قال ابو حامد وهو الاصح قال ومن لاط وهو من اهل حد الزنا ففيه
قولان احدهما يقتل لقوله عليه السلام من وجدتموه يعمل عمل
قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به وكيف يقتل فيه قولان وقيل
وجهان احدهما يقتل بالسيف لان الاطلاق ينصرف اليه بدليل
قتل الرده والثاني يرجم وهو الذي ذكره الشيخ رحمه الله ههنا
لانه قتل يجب بالوطي فكان بالرجم كقتل الزنا قال والثاني يجب عليه
الرجم ان كان محصنا والجلد والتغريب ان كان غير محصن لانه فرج
يجب بالايلاج فيه الحد ففرق فيه بين البكر والثيب كفرج المراه وهذا

هو المشهور قال وان اتى بهيمه ففيه قولان كاللواط لشبهه به
قال وقيل فيه قول ثالث انه يعزر قال في التهذيب وهو الاصح وعليه
اكثر العلما لان الحد يجب للردع عن المشتهى بدليل وجوبه في شرب
الخمر دون شرب البول وفرج البهيمه لا يشتهى وان مالت اليه بعض الطباع
الخسيسه وقيل يطرد هذا القول في اللواط ايضا قال وان كانت البهيمه
توكل وجب ذبحها لقوله عليه السلام من اتى بهيمه فاقتلوه واقتلوها معه
وقيل لا يجب ذبحها لان الحديث ضعيف الاسناد قال واكلت لانها
حيوان مذبوح ماكول وقيل لا توكل لانها مذبوحه لغير الاكل ولاي
معنى تقتل البهيمه قيل حتى لا تذكر بها فعلى هذا لا فرق بين الذكر والانثى
وقيل حتى لا تاتي بخلق مشوه فعلى هذا لا تقتل البهيمه الا اذا كانت
انثى واتاها في فرجها واذا قتلت وجب ضمانها على احد الوجهين
وعلى من يجب فيه وجهان احدهما على الواطي والثاني في بيت المال ولم يجب
ان قلنا توكل فما نقص من الذبح وان قلنا لا توكل فجميع قيمتها قال وان
كانت مما لا يوكل فقد قيل تذبح للخبر وقيل لا تذبح لان النبي عليه السلام
نهى عن ذبح الحيوان لغير ماكله ولو مكنت امراه من قرود فعقوبتها عقوبه
من اتى بهيمه قاله في التهذيب قال وان وطي امراه اجنبيه
ميته فقد قيل يحد كالحيه وقيل لا يحد لما ذكرناه في البهيمه قال
وان وطي اجنبيه فيما دون الفرج عزر لانها معصيه لا حد فيها ولا كفاره
قال وان استمنى بيده عزر لانه مباشره محرمه من غير ايلاج قال
وان اتت المراه المراه عزرتا قياسا على المباشره فيما دون الفرج قال
وان وطي جاريه مشتركه بينه وبين غيره او جاريه ابنه عزر ولا
حد لان الحد يدرا بالشبهه وقد تحققت الشبهه بدليل ثبوت النسب
قال وان وطي اخته بملك اليمين ففيه قولان احدهما يحد لان

ملكه لا يبيح وطيها بحال فلم يسقط الحد والثاني يعزر وهو الاصح لتحقق
الشبهه قال وان وطي في نكاح مجمع على بطلانه وهو يعتقد
تحريمه كنكاح ذوات المحارم او استاجر امراه للزنا فوطيها حد لانه
لا تاثير للعقد في اباحه وطيها ولا له عليها ملك وتفارق وطي اخته
بملك اليمين لان له حقا في منفعه بضعها بدليل انها لو وطيت بشبهه
كان المهر مصروفا اليه ولان وطيه لها يثبت النسب وتصير به ام ولد
له فاشبه وطي امراته الحائض قال وان وطي امراه في نكاح
مختلف في اباحته كالنكاح بلا ولي ولا شهود او نكاح المتعه لم يحد
وقيل ان وطي في النكاح بلا ولي وهو يعتقد تحريمه حد لانضمام الاعتقاد
الى ظهور الخبر الدال على البطلان وليس بشي لانه وطي في نكاح مختلف
في صحته فلم يوجب الحد كما لو وطيها في نكاح عقده ولي فاسق قال
وان وجد امراه في فراشه فظنها زوجته فوطيها لم يحد للشبهه واذا
ادعى ذلك قبل منه للاحتمال واذا وجدت امراه حاملا لم يجب عليها
الحد قال وان زنا بامراه وادعى الجهل بتحريم الزنا فان كان يجوز
ان يخفى عليه بان كان قريب العهد بالاسلام او نشا في باديه بعيده
لم يحد لانه يحتمل ما يدعيه وان كان قد نشا فيما بين المسلمين وهو عاقل
حد لانا نعلم كذبه وان وطي امراته في الموضع المكروه عزر ولا يحد
قولا واحدا لانها محل الشهوه ولانه مختلف في اباحته على ما سبق وقيل
هو على القولين في وطي الاخت بملك اليمين ولذا الخلاف في الغلام
المملوك بملك اليمين دون ملك الغير فانه لا خلاف في وجوب
الحد فيه وهذا الوجه نقله في الوسيط وان وطيها وهي حائض عزر
ولا حد للشبهه قال في المستظهري الجديد انه لا يلزمه شي سوى التوبه
والاستغفار وقال في القديم ان كان في اقبال الدم وجب عليه دينار

وان كان في ادباره وجب عليه نصف دينار رواه ابن عباس رضي الله
عنه واختلفوا في اقبال الدم فمنهم من قال اقباله ما قبل انقطاع
الدم وادباره ما بعد انقطاعه وقيل اقبال الدم قوته كالاسود
بالاضافه الى الاحمر وادباره ضعفه كالاحمر بالاضافه الى
الاسود وحكى بعض الخراسانيين انه يجب عليه عتق رقبه وحكاه
في الحاوي عن سعيد بن جبير والصحيح هو الاول وهو الجديد
لانه وطي محرم للاذى فاشبه ما لو وطيها في الدبر وقد حصل الاحتراز
عما لو وطيها في الاحرام واما الحديث فقد وقف الشافعي رضي الله
عنه في القديم العمل على صحته ومن اصحابنا من قال لم يصح الحديث
ومنهم من قال انه منسوخ فانه ورد في ابتدا الاسلام وكانت
العقوبات بالاموال ثم نسخ ذلك

فصل

ولا يقيم
الحد على الحر الا الامام او من فوض اليه الامام لانه لم يقم حد على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه ولا في ايام الخلفا الراشدين الا
باذنهم قال ويجوز للمولى ان يقيم الحد على عبده وامته وقيل
ان ثبت بالاقرار جاز وان ثبت بالبينه لم يجز لانه يحتاج الى تزكيه
الشهود وذلك الى الحاكم فعلى هذا اذا ثبت عند الحاكم بالبينه
جاز للسيد ان يقيم من غير اذنه والمذهب الاول لعموم قوله عليه
السلام اقيموا الحد على ما ملكت ايمانكم ويملك ان يعزره في اصح الوجهين
والثاني لا يعزره الا الامام قال فان كان المولى فاسقا او امراه
فقد قيل لا يقيم لنقصه فعلى هذا اذا كانت امراه ففي الذي يقيم
وجهان احدهما وليها والثاني الحاكم وقيل يقيم وهو الاصح لعموم
الخبر وقيل لا يقيم وهو الاصح لانه ولايه والمكاتب ليس من اهل
الولايه قال ولا يقيم الحد في المسجد لنهيه عليه السلام ولانه

في حر شديد ولا في برد شديد ولا في مرض يرجى برؤه حتى يبرى
لان المقصود هو الردع دون القتل فلو جلدناه في هذه الاحوال
لم نامن ان يموت فان جلده في هذه الاحوال فمات فالمنصوص انه لا يضمن
وقيل فيه قولان وقد بينا ذلك في باب ما تجب به الدية قال ولا تجلد
المراة في حال الحبل حتى تضع حذرا عن اضرار الحمل قال وتبرى من الم
الولادة اي وينقطع النفاس لان الالم وخروج الدم يضعفها
فتلحق بالمريضة ٥ ولا تجلد بسوط اي يجرح ولا بال اي لا يولم
لان النبي عليه السلام اراد ان يجلد رجلا فاتي بسوط خلق فقال
فوق هذا فاتي بسوط جديد فقال دون هذا فاتي بسوط قد لان
فضرب به قال ولا يمد ولا يشد يده ولا يجرد ثوبه بل
يكون عليه قميص لقول ابن مسعود رضي الله عنه ليس في هذه الامة
مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد ولا يكون الضرب ضعيفا فلا يردع
ولا يبالغ في الضرب فينهر الدم روي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنه
ويفرق الضرب على اعضايه ويتوقى الوجه والراس والفرج
والخاصرة وساير المواضع المخوفة لما روي ان عليا كرم الله وجهه
قال للجلاد اضربه واعط كل عضو حقه واتق وجهه
ومذاكيره ٥ واعلم ان اكثر الاصحاب قالوا لا يتقي الراس لان
ابا بكر رضي الله عنه قال للجلاد اضرب الراس فان الشيطان في الراس
ولانه يكون مغطى في العادة فلا يخاف افساده والخاصرة كالراس
قال في الحاوي لم نعن عضوين الوجه والمذاكير فاما الراس
فلا يلزمه اتقاوه وقال ابو حنيفة يلزمه ان يتقيه وهو الاشبه
لان الضرب عليه اخوف ٥ قال وان وضع يده على موضع ضرب
غيره لانه يدل على شدة تالمه فلا يومن الهلاك لو والى الضرب عليه

قال ويضرب الرجل قايما والمراة جالسة في شي يستر عليها
روي عن علي كرم الله وجهه ولان الجلوس استر لها ويمسك
امراة عليها ثيابها كيلا ينكشف بدنها ٥ فان كان نضو الخلق
اي مهزولا قليل اللحم لا يطيق الضرب او مريضا مرضا لا يرجى برؤه
اي كالمسلول ضرب باطراف الثياب واثكال النخل اي العرجون الذي
فيه اغصان الشماريخ التي عليها التمر فيجمع ما به شمراخ فيضرب بها
دفعة واحدة لقوله عليه السلام للذين استفتوه في رجل اصابه
ضني ولم يبق الا الجلد والعظم وقد زنا خذوا ما به شمراخ فليضرب
بها دفعة واحدة والمذهب انه اذا سرق مثل هذا يقطع لانه لا
يمكنه قطعه قطعا لا يخاف منه ولا يمكن اهدار القطع وقيل لا
يقطع يده واعلم ان ضربه باطراف الثياب لم يذكر في اكثر الكتب
المشهورة وذكره في المستظهري قال وان كان
حده الرجم فان كان قد ثبت بالاقرار فالمستحب ان يبدا الامام فان ثبت
بالبينة فالمستحب ان يبدا الشهود للاحتياط فان مذهب ابي حنيفة
رحمه الله وجوب ذلك قال وان وجب الرجم في حر او برد
او مرض فان كان قد ثبت بالبينة رجم وان ثبت بالاقرار فالمنصوص
انه يوخر الى ان يبرا ويعتدل الهوا لانه لا يومن ان يرجع عن اقراره
بعد ان رجم بعض الرجم فيودي ذلك الى تلفه وقيل يقام عليه كما
لو ثبت بالبينة واحتمال رجوعه معارض باحتمال رجوع الشهود وذكر
في المهذب مطلقا وعلل بعلل لا يدل على الفرق قال الشيخ
ابو حامد رحمه الله ان كان مريضا اخر الرجم سوا كان يرجى برؤه
او لم يرج وان كان في شدة الحر او البرد فثلثة اوجه احدها
يرجم في الحال والثاني انه ان ثبت بالاقرار لم يرجم وان ثبت بالبينة يرجم

والثالث عكس ذلك والاول اصح الوجوه قال وان وجب
الرجم وهي حامل لم ترجم حتى تضع وتسقي الولد اللبا وتستغني عنها
بلبن غيرها فان لم يوجد من ترضعه قال تترك الى ان تفطمه
لما روي ان امراه من غامد قالت يا رسول الله زنيت فطهرني والله
اني لحبلى فقال ارجعي حتى تضعي فلما وضعته اتته فقال حتى تفطمي
فلما فطمته اتته ومعها ولدها وفي يده كسرة خبز فقالت
فطمته وهو هذا فامر النبي عليه السلام برجمها فحفر لها الى صدرها
ورجمت قال وان ثبت الرجم بالبينه استحب ان يحفر له
حفيرا وان ثبت بالاقرار لم يحفر وبعض النسخ يحفر لها وهو الاصح
لان المنقول ان الرجل لا يحفر له واما المراه فقد قال ابو حامد
ان ثبت الزنا بالبينه حفر لها لانها عوره وان كان بالاقرار لم يحفر
لها فربما هربت فيجعل رجوعا وقال المروروذي ان ثبت
بالبينه فهو بالخيار وان ثبت بالاقرار لم يحفر لها وقال ابو الطيب
هو بالخيار بين ان يحفر لها وبين ان لا يحفر سوا ثبت بالبينه او
بالاقرار لقصه الغامديه قال في المهذب يحفر للمراه
ولم يفرق بين الاقرار والبينه قال وان رجم فهرب لم يتبع اي اذا كان
ثبت بالاقرار لقوله عليه السلام في قصه ماعز سبحان الله فهلا
خليتموه حين سعى من بين ايديكم وهل يكون هربه بمنزله صريح رجوعه
فيه وجهان احدهما نعم والثاني لا وعلى هذا اذا وقف في موضع واصر
على الاقرار رجم وان رجع عن الاقرار ترك والله عز وجل اعلم

باب حد القذف

القذف هو الرمي يقول قذفت الشي اذا رميته قال اذا
قذف بالغ عاقل مختار وهو مسلم او ذمي او مستامن
او مرتد محصنا ليس بولد له اي بوطي يوجب الحد وجب عليه
الحد وانما اشترطنا العقل والبلوغ والاختيار والتزام الاحكام لما
بينا في حد الزنا ولا يفارقه الا في شي واحد وهو ان المستامن
يقام عليه حد القذف ولا يقام عليه حد الزنا ودليل ذلك قد بيناه
في المهذب قال فان كان حرا جلد ثمانين لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعه شهدا فاجلدوهم ثمانين
جلده وان كان مملوكا جلد اربعين لانه حد يتبعض كحد الزنا
قال والمحصن هو البالغ العاقل الحر المسلم العفيف اي عن الزنا فان
قذف صغيرا او مجنونا لم يجب عليه الحد لان ما قذفهما به لو تحقق
لم يجب عليهما الحد فاشبه ما لو قذف بالغا عاقلا بما لا يجب الحد به
قال او فاجرا اي من ثبت زناه لم يجب عليه الحد لمفهوم الايه
وان قذف كافرا لم يجب الحد لقوله عليه السلام من اشرك بالله
فليس بمحصن وان قذف عبدا لم يجب عليه الحد لان الرق لما منع كمال
حد الزنا دل على قصور جنايه القاذف فمنع وجوب الحد عليه قال
وان قذف من وطي وطيا حراما لا شبهه له فيه عزر اي مثل ان وطي
امه بعقد نكاح وهو عالم او وطي المرتهن الجاريه المرهونه مع العلم
بالتحريم او وطي جاريته التي اصدقها زوجته لم يجب عليه الحد لانه
وطي يجب به الحد على الواطي فسقط به احصانه ويعزر في هذه
المواضع التي لا حد فيها لما سياتي في التعزير قال وان وطي
بشبهه فقد قيل يحد لانه وطي لا يجب به الحد على الواطي فاشبه وطي
امراته الحائض وقيل يعزر ولا يحد لانه وطي محرم في غير ملك فاشبه
الزنا قال وان قذف ولده او ولد ولده عزر للاذي ولم يحد

يقذفه بما لا يحتمل به قال — وان قذف مجهولا فقال هو عبد وقال
المقذوف بل انا حر فالقول قول القاذف وقيل فيه قولان وقد بيناه
في اللقيط وان قال زنيت وانت نصراني فقال لم ازن ولا كنت نصرانيا
ولم يعرف له حاله ففيه قولان احدهما يحد لان القول قول
المقذوف مع يمينه لان الظاهر ممن يكون في دار الاسلام انه مسلم
فاذا حلف حد القاذف والثاني يعزر لان القول قول القاذف مع
يمينه لان الدار تجمع المسلم والنصراني والاصل براءة الذمه من الحد
فاذا حلف عزر ولم يحد وان قذفه وقال — قذفته وهو مجنون
فقال بل قذفتني وانا عاقل وعرف له حاله جنون فالقول قول القاذف
في اظهر القولين لانه ثبت له جنون فما يدعيه كل واحد منهما
ممكن والاصل براءة الذمه عن الحد والقول قول المقذوف في الاخر
لان صحته موجوده في الحال والاصل عدم الجنون في الحاله
التي يدعي طريانه فيها ه قال — وان قذف عفيفا فلم يحد حتى
زنا او وطي وطيا حراما اي زال به احصانه سقط الحد لان ظهور
زناه يورث شبهه حاله القذف ولهذا روي ان رجلا زنا بامراه
فقال والله ما زنيت الا هذه المره فقال عمر له كذبت ان الله لا يفضح
عبده في اول مره وقال المزني يحد كما لو كان بكرا فصار ثيبا
وكما لو ارتد على احد الوجهين ه قال — ولا يجب الحد الا ان يقذفه
بصريح الزنا او اللواط او الكنايه مع النيه فالصريح ان يقول
زنيت او يا زاني او لطت او يا لوطي او زنا فرجك وما اشبهه واعلم
انه جا في بعض النسخ يا لايط وفي بعضها يا لوطي قال — ابو
الطيب لو قال يا لوطي يرجع اليه فان قال اردت انه على دين قوم
لوط لم يجب الحد عليه وان اراد انه يعمل عمل قوم لوط وجب

عليه الحد وكذا ذكر في المهذب قال — ابن الصباغ وهذا فيه نظر
لانه مستعمل في الرمي بالفاحشه فينبغي ان لا يقبل قوله في اني اردت
انه على دين قوم لوط بل يكون قذفا وهذا يوافق ما جا في بعض
النسخ ه قال — والكنايه ان يقول يا فاجر او يا خبيث او يا حلال بن
الحلال وهما في الخصومه اي يكون كنايه وان كان في حال الخصومه
ولا يكون بذلك صريحا ولم يرد به ان الخصومه شرط لكونه كنايه قال
فان نوى به القذف وجب الحد لانه لا يعتبر فيه الشهاده كانت
الكنايه فيه مع النيه كالصريح بدليل الطلاق وان لم ينو لم يجب اي سوا
كان في حال الرضا او السخط لانها كنايه فلا تعمل من غير نيه كالكنايات
في الطلاق قال — وان اختلفا في النيه فالقول قول
القاذف لانه اعرف بنيته وان قال زنات في الجبل اي بالهمزه ولم ينو
القذف لم يحد لانه حقيقه في الصعود فلا يحمل على المجاز من غير
نيه فاما لو لم يكن بالهمزه وقال اردت الصعود قبل على احد الوجهين
لان حرف الهمز يغلب على اللسان وان قال زنات بالهمز ولم يقل في
الجبل فقد قيل يحد لانه لم يقترن ما يدل على الصعود وقيل لا يحد الا
بالنيه وهو الاصح لما تقدم وحكي في المهذب وجها اخر انه لا يحد
ان كان من اهل اللغه واما لو كان من العامه حد لان العامه لا
يفرقون بين زنيت وزنات وان قال انت ازنا الناس او ازنا من فلان
لم يحد من غير نيه لان افعل يستعمل في الامر الذي يشترك فيه وينفرد
احدهما بمزيه ولم يثبت ان فلانا زان ولا ان الناس زناه وان قال — فلان
زان وانت ازنا منه حد لانه اثبت زنا فلان وجعله ازنا منه قال
وان قال زنا بدنك او رجلك لم يحد لان الزنا لا يوجد بمجرده في الاعضا
حقيقه قال — عليه السلام العينان تزنيان فاليدان يزنيان والرجلان

مزنيان فيصدق ذلك الفرج ويكذبه وقيل يحد وهو ظاهر ما نقله
المزني لانه اضاف الزنا الى عضو منه فاشبه ما لو اضاف الى الفرج
وان قال زنا بدنك لم يحد على ظاهر النص لان الزنا بجميع البدن
لا يكون الا بالمباشرة فلا يكون صريحا كلفظة المباشرة وقيل يحد
وهو الاظهر لانه اضاف الزنا الى جميع البدن والفرج داخل فيه
واعلم ان الوجهين فيما اذا لم يفرع على ما نقله المزني اما اذا فرعنا
عليه تجب الحد وجها واحدا وان قال وطئك فلان وانت مكرهة
فقد قيل يعزر لانه اذاها وقيل لا يعزر لانه لا عار عليها سترعم
قال وان قذف جماعة لا يجوز ان يكون كلهم زناة كاهل بغداد
وغيرهم اي من اهل البلد الكبار عزر ولم يحد لان الحد وجب لنفي
العار ولا عار لانا نقطع بكذبه واعلم انه لا يبعد قيد اخر
وهو ان يقال قذفهم بكلمة واحدة لانه لو خاطب كل واحد منهم على
الانفراد وقال يا زاني وجب عليه لكل واحد حد وان قذف جماعة
يجوز ان يكون كلهم زناة كالواحد والعشرة والعدد المحصور فان كان
بكلمات وجب لكل واحد حد وان كان بكلمة واحدة ففيه قولان
اصحهما انه يلزمه لكل واحد حد لانها حقوق للادميين فلم
تتداخل كالقصاص وقال في القديم يجب للكل حد واحد لان
كلمة القذف واحدة فاشبه ما لو قذف واحدا

فصل

وان قال لامراته يا زانية بنت الزانية اي وهما محصنتان وجب حدان
لانه قذفهما فان حضرتا وطالبتا بدئ بحد الام وقيل يبدا بحد البنت
لانه بدا بقذفها والاول اصح لان حد الام اكد لانه لا يسقط
الا بالبينة وحد البنت يسقط بالبينة وباللعان وان حد لاحداهما
لم يحد للاخرى حتى يبرا ظهره لان الموالاة ربما ادت الى التلف

وقيل ان كان القاذف عبدا جاز ان يوالي عليه بين الحدين لانهما كالحد
الواحد على الحر قال وان قذف رجلا مرتين بزنا واحد لزمه
حد واحد لانه يحصل به المقصود وهو تكذيبه باقامة الحد عليه وان
قذفه بزنائين فالمنصوص انه يلزمه حد واحد اي اذا لم يتخلل بينهما
اقامة الحد لانهما حدان من جنس واحد في شخص واحد فتداخلا
كما لو زنا ثم زنا وقال في القديم ولو قيل يحد حدين لكان ذلك مذهبا
فجعل ذلك قولا اخر ووجهه انهما حقان لادمي فلم يتداخلا كالديون
قال وان قذفه فحد ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا عزر للكذب
ولم يحد لانه قد حكم بتكذيبه فلا معنى لايجاب الحد عليه وان
قذفه بزنا اخر اي بعد اقامة الحد عليه فقد قيل يحد كنظيره من
الزنا وقيل يعزر لانه ظهر كذبه في حقه مرة فلا حاجة الى اظهاره
ثانيا والاول اصح وان قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا فان
بدات وطالبت بالقذف الاول ولم يقم البينة حد فان طالبت بالثاني
ولم يلاعن حد حدا اخر نعم لو اقام البينة على الزنا الاول سقط
عنه حد القذف الاول والثاني لانه قد ثبت انها غير محصنة قال
وان بدات وطالبت بالثاني ثم بالاول فلم يلاعن ولم يقم البينة فعلى قولين
احدهما يحد حدا واحدا والثاني يحد حدين اعلم ان المنقول فيما رايناه
انه اذا قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها فان كان بذلك الزنا الاول
لم يجب عليه حد اخر ولم يكن له اسقاطه الا ببينة وان كان بزنا اخر
فطريقان من اصحابنا من قال فيه قولان كما لو قذف اجنبية بزنائين
ومنهم من قال يجب هاهنا حدان قولا واحدا لان موجبه من القذفين
مختلف فينبغي ان يأول كلام الشيخ على هذا النقل وطريقه ان يحمل
حرمه او لا يوجب حدا اخر على انه اختار الطريق الثاني ويحمل ذكره

المولين اجرا على انه احتان الطريق الاول فلو لاعن سقط حكم القذف
الثاني دون الاول لان اللعان حجه تختص بالنكاح فلا يسقط به ما احصل
قبله بخلاف البينه قال ولا يستوفي حد القذف الا بحضره
السلطان لانه يحتاج الى اجتهاد ويدخله التخفيف فلو فوض الى
المقذوف لم يامن ان يحيف للتشفي واذا رفع القاذف الى السلطان
وجب عليه السوال عن احصان المقذوف وقيل لا يجب ولا يستوفي
الا بمطالبه المقذوف فان عفي سقط لانه لا خلاف انه لا يستوفي
الا بمطالبته فوجب ان يسقط بعفوه كالقصاص وان قال
لرجل اقذفني فقذفه فقد قيل يجب عليه الحد لان العار يلحق بالعشيره
فلم يملك الاذن فيه وقيل لا يجب كالقصاص وان وجب له الحد فمات
انتقل الحد الى جميع ورثته وقيل ينتقل الى من يرث بنسب دون سبب
لانه يجب لدفع العار ولا عار على الزوج والزوجه اذ لا زوجيه
بعد الموت وقيل ينتقل الى العصبات خاصه لانه حق ثبت لدفع العار
فاشبه ولايه النكاح والمذهب الاول لانه حق موروث فكان
لجميع الورثه كالمال قال وان كان للمقذوف اثنان فعفا
احدهما كان للاخر ان يستوفي الجميع وقيل يستوفي البعض لانه يتبعض
فاشبه الدين وقيل يسقط الباقي كالقصاص والمذهب الاول لان
الحد للردع فلا يحصل الا بما جعله الله تعالى للردع وهو كمال الحد
ويخالف القصاص لانه يسقط الى بدل قال وان قذف عبدا
ثبت له التعزير دون سيده لانه ليس بمال ولا له بدل هو مال
فاشبه فسخ النكاح بالعيب فان مات فقد قيل يسقط لان العبد لا
يورث ولا يملك المولى عنه الا جهه الملك واذا لم يملك في حياته
فبعد موته اولى وقيل ينتقل الى سيده وهو الاصح كما ينتقل اليه

المال الذي للمكاتب وقيل ينتقل الى عصباته وان مات الحر ولا وارث
له ثبت الحد للمسلمين على احد الوجهين فعلى هذا يثبت الاستيفا
للامام كالقصاص

باب حد السرقه

السرقه اخذ المال الغير على سبيل الخفيه وهي ماخوذه من المسارقه
قال اذا سرق بالغ عاقل مختار وهو مسلم او ذمي او مرتد نصابا
لا شبهه له فيه من حرز مثله وجب عليه القطع للايه ودليل اشتراط
التكليف والاختيار والالتزام للاحكام ما تقدم قال وان سرق
دون النصاب لم يقطع خلافا لابن بنت الشافعي لما روت عايشه
رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال اقطعوا السارق في ربع دينار
فاما دون ربع دينار فلا تقطعوه قال والنصاب ربع دينار
للخبر او ما قيمته ربع دينار لانه في معناه وان سرق ما يساوي
نصابا ثم نقصت قيمته بعد ذلك لم يسقط القطع لان ذلك لا يورث
شبهه في نفس الوجوب قال وان سرق طنبورا او مزمارا
يساوي مفصله نصابا قطع لانه مال متقوم على متلفه وقيل لا يقطع
فيه بحال لانه اله المعصيه فاشبه الخمر وقيل ان اخرجه مفصلا
قطع لزوال المعصيه ولو سرق انا يساوي نصابا وفيه خمر فهل يقطع فيه
وجهان احدهما نعم كما لو كان فيه بول قال وان اشترك اثنان
في سرقه نصاب لم يقطع واحد منهما لان كل واحد لا ينفرد بسرقه نصاب
فلم يقطع لحديث عايشه رضي الله عنها ويفارق الشركه في القصاص
لان عدم شرع القطع هاهنا لم يود الى اتخاذ الشركه ذريعه الى
سرقه النصاب لقله ما يصيب كل واحد منهما ولا كذلك في القصاص
قال وان اشتركا في النقب واخذ احدهما نصابين ولم ياخذ الاخر

شيئا قطع الاخذ وحده لان الاخر لم ياخذ المال فلا يكون سارقا قال
ومن سرق من غير حرز لم يقطع لقوله عليه السلام ليس في شي من الماشية
قطع الا ما اواه المراح وليس في شي من التمر المعلق قطع الا ما
اواه الجرين فلما فرق لا للحرز دل على انه شرط ويختلف الاحراز
باختلاف الاموال الجنس وعدل السلطان وجوره وقوته وضعفه
بدليل العرف قال وان سرق الثياب او الجواهر دونها اقفال
في العمران وجب القطع لانه حرز مثله سواء كان في البيت حافظ او لم
يكن قال وان سرق المتاع من الدكاكين وفي السوق حارس
اي اذا كان بالليل ولم يطهها لا من بالكلية اما اذا كان بالنهار
فبمجرد اغلاق باب الدكان وكذلك في الليل عند ظهور الامن قال
وان سرق الثياب من الحمام وهناك حافظ او الجمال من المرعى ومعها الراعي
اي ينظر الى جميعها ويبلغها صوته او السفن من الشط وهي مشدودة
وجب القطع لانه سرق من حرز مثله وان سرق الكفن من القبر قطع
لقوله عليه السلام من نبش قطعناه هذا نقل الشيخ ابي حامد وابن
الصباغ وقال في المهذب ان كان القبر في البرية لم تقطع وان كان
الكفن في مقبرة تلي العمران قطع وقال الخراسانيون ان كان
القبر في موضع لو كان الكفن ظاهرا من غير دفن عد حرزا له قطع وان
كان في موضع بعيد عن العمران لم يقطع وان كان في مقبرة
تلي العمران ويحتاج السارق انتهاز الفرصة فوجهان ولو سرق التابوت
او ما زاد على الكفن المشروع اعني خمسة اثواب لم يقطع قال
وان كان المال محرزا ببيت في دار فاخرجه منه الى الدار وهي مشتركة
بين سكان قطع لانه اخرج المال من حرزه وان كان الجميع لواحد وباب
الدار مفتوح قطع لما ذكرنا وان كان مغلقا فقد قيل يقطع كما

لو كان مفتوحا وقيل لا يقطع وهو الصحيح لانه لم يخرجه من كمال
حرزه فصار كما لو اخرجه من صندوق مقفل الى بيت مقفل ولم يخرجه
من البيت الى الدار قال وان نقب رجلان فدخل احدهما
واخرج المتاع ووضعه في وسط النقب فاخذه الخارج ففيه قولان
احدهما يقطعان لانا لو لم نوجب القطع عليهما صار ذلك
طريقا الى اسقاط القطع والثاني لا يقطعان وهو الصحيح لان كل
واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز وفي كيفية الاشتراك في النقب
وجهان احدهما ان ياخذا آلة واحدة بايديهما فينقبان بها فاما اذا
كان في يد كل واحد منهما آلة منفردة فانهما لا يكونان شريكين
والصحيح انهما شريكان في الموضعين قال وان نقب احدهما
ودخل الاخر فاخرج المتاع لم يقطع واحد منهما لان احدهما لم يخرج
المال والاخر لم يهتك الحرز وقيل فيه قولان كالمسالة قبلها قال
ولو نقب الحرز واحد وانصرف وجاء اخر وسرق لم يقطع واحد
منهما اما الاول فلانه لم ياخذ المال واما الاخر فلانه لم ياخذ من الحرز
ولا يجي الطريق الثاني لانه لا مواطاة بينهما قال وان نقب
الحرز واخذ دون النصاب وانصرف وعاد ثم اخذ كمال النصاب فقد
قيل يقطع وهو الصحيح لانه اخرج المال من حرز مثله فصار كما
لو اخرجه دفعة واحدة وقيل لا يقطع لان الماخوذ اولا دون النصاب
والماخوذ ثانيا من غير حرز وقيل ان اشتهر خراب الحرز اي بان علم
بذلك المالك او الناس لم يقطع لانه اخذه من حرز مهتوك وان
لم يشتهر قطع لانه اخذه من حرز هتكه بنفسه قال وان ترك
المال على بهيمة ولم يسقها فخرجت البهيمة بالمال او تركه في ماء راكد فحرك
وخرج مع الماء الى خارج الحرز فقد قيل يقطع لان خروجه منسوب الى فعله

فاشبه ما لو وضعه في ماجان او على بهيمة وسافقها وقيل لا قطع في
هذين الموضعين ايضا قال وقيل لا يقطع لان خروجه مضاف
الى ما حدث من النفجر وسير البهيمة وقال السنجي ان وقفت البهيمة ساعة
ثم سارت لم يقطع والا قطع ٥ قال وان نقب الحرز وقال لصبي لا
يعقل اخرج المال فاخرجه قطع لان الصغير الذي لا يعقل كالآلة له
وقال بعض الخراسانيين لا يقطع او طرحه اي ابطه فوقع منه
المال وجب القطع كما لو وجد المندبل واخرجه من الحرز وقال
الخراسانيون يخرج على السارق في دفعات الا انه اولى بالوجوب
وكذلك الكلام فيما لو نقب ماء فيه طعام فاخرج منه ما قيمته نصاب
قال وان ابتلع جوهرة في الحرز وخرج من الحرز فقد قيل يقطع كما لو
تركها في جيبه وخرج وقيل لا يقطع لانه استهلكها في الحرز ولهذا يجب
عليه قيمتها وصار كما لو كان طعاما فاكله في الحرز ثم خرج وان سرق
حرا صغيرا وعليه حلي يساوي نصابا فقد قيل يقطع لانه قصد سرقة ما عليه
من المال وقيل لا يقطع لان يده ثابتة عليه ولهذا لو وجد لقيط ومعه
مال كان له فلم يقطع كما لو سرق جملا وعليه صاحبه

فصل

وان سرق المعير مال المستعير من الحرز المعار فالمنصوص انه يقطع كما
لو سرق المؤجر من الحرز المستاجر وقيل لا يقطع لان له الرجوع في العارية
فجعل نقب الحرز رجوعا قال ... في الشامل الوجهان فيما اذا نوى
الرجوع عند النقب واما اذا لم ينو الرجوع قطع وجها واحدا قال وان
سرق المغصوب منه مال الغاصب من الحرز المغصوب فقد قيل يقطع لانه
سرق ما لا شبهة له فيه من حرز مثله وقيل لا يقطع لان هذا ليس حرزا
له بالنسبة اليه لانه محض حقه لا حق للغاصب فيه قال وان
سرق الاجنبي المال المغصوب من الغاصب او المسروق من السارق فقد

قيل يقطع لانه اخذ المال من حرز مثله فعلى هذا الحكم في قطع هذا
السارق المالك دون السارق في الغاصب قال الماوردي وعندي
ان كل واحد من المالك والسارق والغاصب خصم وقيل لا يقطع وهو
الصحيح لانه حرز لم يرضه المالك قال ومن سرق مالا له فيه شبهة
كمال بيت المال اي اذا سرقه مسلم والعبد اذا سرق من مال مولاه والاب
اذا سرق من ابنه والابن اذا سرق من ابيه والغازي اذا سرق من
الغنيمة قبل القسمة والشريك اذا سرق من المال المشترك لم يقطع
لقوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات وقيل اذا سرق ما يزيد
على حقه بقدر النصاب قطع وكذا الغانم اذا سرق من اربعة اخماس
الغنيمة واذا سرق مسلم ليس من الغانمين من الغنيمة فان كان قبل
اخراج او بعد اخراجه منه او سرق من الاربعة الاخماس وفي
الغانمين من للسارق شبهة لم يقطع والا قطع قال وان سرق
احد الزوجين من الآخر محرزا عنه فقد قيل يقطع لان النكاح عقد على
المنفعة فلا يسقط القطع بالسرقة كالاجارة وقيل فيه ثلاثة اقوال
احدها يقطع لما ذكرناه والثاني لا يقطع لان الزوجة تستحق النفقة
وهي تملك التصرف في ماله عند بعض الفقهاء فكان شبهة والثالث
يقطع الزوج دون الزوجة لان الحق لها في ماله دونه ومن لا يقطع
منهما لا يقطع عبده قال وان سرق رتاج الكعبة اي غلق
بابها قطع لانه سرقه من حرز مثله قال وان سرق باب المسجد
او بابه قطع لما سبق والثاني سرقه المزين بالشاذروان وصوبه
اكثرهم في ذلك وقيل هو ما عقد من الخشب المطول المعرض وسمي
المساميس في اركانها وذلك عند الحجر وما حواليه وقيل هي الحلق
التي تشد بها اذيال الستور ولو سرق ستارة الكعبة المحيطة عليها

قطع وان سرق القناديل والحصر فقد قيل يقطع لانه سرق المال من حرز
مثله وقيل لا يقطع اي اذا كان مسلما ولم يذكر في المهذب غيره
لان ذلك وضع لمصلحة المسلمين فكان له فيه حق وقيل يقطع في
القناديل دون الحصر وان سرق الطعام عام السنة اي عام المجاعة
والطعام مفقود لم يقطع لانه مضطر اليه وان كان موجودا اي
لكنه غال قطع لانه لا يجوز اخذ ماله قهرا فاشبه غير عام السنة
قال وان سرق شيا موقوفا اي على غيره فقد قيل يقطع وهو
ظاهر المذهب وقيل لا يقطع لانا ان قلنا الملك فيه للموقوف عليه
بني على احد الوجهين فيما لو سرق ام ولده وهي مجنونة او نايمة احدهما
يقطع لانه سرق مالا متقوما والثاني لا يقطع لنقصان الملك
وان قلنا الملك لله تعالى فوجهان احدهما لا يقطع لانها غير مملوكة
لادمي فاشبهت الصيود والثاني يقطع لانه مال ممنوع من اخذه فقطع
به وان لم يملكه ادمي معين كستارة الكعبة وان سرق غلة الوقف
على غيره المحرز نصابا قطع وجها واحدا لانها ملك تام للموقوف
عليه فاشبه غلة الطلق قال ومن سرق عينا وادعى انها له
او ان مالكها اذن له في اخذها فالمنصوص انه لا يقطع وقيل يقطع
كيلا يودي ذلك الى اتخاذه ذريعة الى اسقاط القطع والمذهب
الاول لان ما يدعيه محتمل فجعل شبهة كما لو ادعى زوجية للمراة
التي شهد عليه بالزنا قال وان اقر له المسروق منه بالعين لم
يقطع لانه يحتمل ان يكون صادقا فكان شبهة وان رهنه منه اي بعد
الرفع الى السلطان قطع لان ذلك لا يوجب شبهة في الوجوب فاما
لو وهبه منه قبل الرفع الى السلطان فقد قال في الحاوي وقال
اكثر اصحابنا ان قلنا المطالبة شرط في استيفا القطع فعلى هذا

يسقط بها استيفاوه مع الوجوب كالحقوق التي ليس لها مطالب بها
قال ولا قطع على من انتهب اي اخذ المال عيانا لغلبته او اختلس
اي اخذ المال من غير غفلة اي باخذ منديلا من رجل على راسه
ويهرب وقيل هو المنتهب واما المختلس فهو الذي ياخذ منه وهو غافل
لقوله عليه السلام ليس على المختلس ولا على المنتهب ولا على الخاين
قطع قال او خان وديعة اي مثل ان كان عنده وديعة وعنده
بعضها فانكرها الخبر لانه لا يمكن اخذ المال منه بالحاكم فلم يحتج
الى شرع القطع قال ولا يقطع السارق الا الامام او من فوض
اليه الامام لتعلق حق الله تعالى به قال فان كان السارق عبدا جاز
للمولى ان يقطعه وقيل لا يقطع لانه قطع مختلف فيه فافتقر
الى الحاكم ولانه لا يملك من جنسه بخلاف حد الزنا والاول اصح لعموم
الخبر ولانه روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وعايشة وابن عمر
ولا مخالف لهم من الصحابة فكان اجماعا قال ولا يقطع الا بمطالبة
المسروق منه المال فان اقر انه سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز
مثله من غايب فقد قيل يقطع لان القطع لزم باقراره فلا معنى للانتظار
والمذهب انه لا يقطع للشبهة اذ من الجايز ان يقول المسروق
منه كنت وهبته منه او اخذه اياه قال وان قامت البينة عليه
من غير مطالبة فقد قيل يقطع وهو المنصوص وقيل لا يقطع وقيل فيه
قولان اعلم ان المنصوص انه لا يقطع حتى يحضر المسروق منه ويدعي
وفيمن قامت البينة انه زنا بامة وهو لاها غايب انه يحد ولا ينتظر حضور
المولى فقد قيل لا يقام الحد في الموضعين للشبهة واخطا الناقل في
حد الزنا وقيل فيهما قولان احدهما لا يقام فيهما لما بينا والثاني يقام فيهما
لانه وجب من جنبة الظاهر فلا يوخر وقيل بتقرير النصين والفرق

ان حد السرقه اوسع في الاسقاط ولهذا لو سرق من امه لم تقطع
ولو زنا بها فانه يحد فان قلنا لا تقطع فهل يحبس فيه ثلثة اوجه
احدها يحبس والثاني يحبس ان كانت غيبة المسروق منه قريبه
والعين باقيه والخصومه مع البناس لمن يبني على ان الملك في الكفن
لمن وفيه ثلثة اوجه احدها انه للوارث وهو الاصح فعلى هذا
اليه الخصام والثاني انه للميت فعلى هذا الى الوارث الخصام
وقيل بل للامام والثالث انه لا مالك له فعلى هذا الى الامام الخصام
قال وان وجب القطع قطعت يده اليمنى لان ابن مسعود
رضي الله عنه قرا والسارقون والسارقات فاقطعوا ايمانهم
والقراه الشاذه تجري مجرى خبر الواحد قال فان عاد
قطعت رجله اليسرى فان عاد قطعت رجله اليمنى لما روى ابو
هريره رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
في السارق ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله قال
فاذا قطع حسم بالنار اي بالزيت المغلي او ما يقوم مقامه صيانة
عن التلف الا انه لابد من اذنه في هذه المداواه على احد الوجهين
وعليه ثمن الزيت على احد الوجهين قال في المهذب ثمن الزيت
واجره القطع في بيت المال لان الحسم للحكم بالنار لسقط الدم واصل
الحسم القطع ويجلس السارق اذا اريد قطعه لانه امكن واضبط
كيلا يضطرب فيتعدى القطع الى موضع اخر ويخلع كفه
حتى يبين مفصله ثم تقطع قال وان عاد بعد قطع اليدين والرجلين
وسرق عزر لان في حديث ابي هريره ... السارق ولم يبين
المره الخامسه فدل على انه لا حد فيها فتعين التعزير قال
ومن سرق ولا يمين له او كانت وهي شلا او قال اهل الخبره اذا قطعت

لم تنسد عروقها قطعت رجله اليسرى فيا سا على المره الثالثه
قال وان كانت له يمين بلا اصابع قطع الكف وقيل لا يقطع
بل يقطع رجله اليسرى لان الكف ليس له بدل مقدر فاشبه الذراع
والمنصوص هو الاول لانه بقي بعض ما تقطع في السرقه فلا يعدل
الى ما بعده كما لو بقي في كفه انمله قال ومن سرق وله يمين
فلم تقطع حتى ذهبت سقط القطع لان القطع تعلق بيده اليمنى
سقط بذهابها وقال بعض الخراسانيين تقطع يده اليسرى
وان وجب قطع اليمين فقطع اليسار عمدا قطعت يمينه اي حدا
واقتص من القاطع من يساره لجنايته عليه عمدا وان قطع سهوا
اي بان قال لم اعلم انها اليسار او علمت لكني ظننت انها تجزي عن
اليمين فلا قصاص للشبهه وغرم الديه اي ديه اليد لجنايته عليه بقطع
يده وفي يمين السارق قولان احدهما تقطع كما لو لم يوجد قطع
اليسار والثاني لا تقطع لانه اخذ اليسار بناء على انها تجزي عن اليمين
والحد مبناه على المسامحه ولان اليسار تقوم في السرقه مقام
اليمين عند عدمها فكذلك ها هنا هكذا نقل الشيخ ابي حامد وراد
فقال ابو اسحق المروزي اذا وجب على السارق قطع يمينه فسقطت
يساره اكله سقط قطع اليمين قال الشيخ ابو حامد واظنه
اخذ ذلك من احد القولين وليس بصحيح وقال القاضي ابو الطيب
الطبري اذا قطع اليسار ظنا على انها اليمين او انها تجزي عن
اليمين فوجهان المنصوص انها تجزي عن اليمين لان حق الله تعالى
مبني على المسامحه والثاني لا تجزي كالقصاص فعلى هذا يجب
على القاطع ديه اليسار كذا ذكر في المهذب

باب حد قاطع الطريق

من شهر السلاح واخاف السبيل في مصر او غيره وجب على الامام
طلبه لانه اذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به فان وقع قبل
ان ياخذ المال ويقتل عزر اي على حسب ما يراه الامام لانه تعرض
لمعصية عظيمة فيعزر كالمتعرض للسرقة بالنقب قال في
الحاوي هل يتعين ما يعزر به فيه وجهان ان قلنا يتعين حبس واين
يحبس فيه وجهان احدهما في بلده والثاني في غير بلده وهل
يتقدر الحبس فيه وجهان احدهما لا بل يعتبر فيه الندم وظهور التوبة
والثاني يعتبر فعلى هذا يتقدر بستة اشهر او بسنة فيه وجهان قال
وان اخذ نصابا لا شبهة له فيه وهو ممن يقطع في السرقة
قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ولا بد من اعتبار الحرز اي حتى
لو انفرد عن القافلة واحد من جمال مقطرة وترك القائد
تعهدها لم يقطع لانه قطع يتعلق باخذ المال فيشترط فيه الحرز
كالقطع في السرقة قال وان اخذ دون النصاب لم يقطع
وقيل فيه قول مخرج انه يقطع اي مخرج من عدم اعتبار
التكافؤ في المحاربة وليس بشيء لانه قطع يجب باخذ المال فاشبه
القطع في السرقة قال وان قتل اي عمدا عدوانا
تحتم قتله وان اخذ المال وقتل اي عمدا عدوانا قتل ثم صلب
لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال في قطاع الطريق
اذا قتلوا واخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم ياخذوا
المال قتلوا ولم يصلبوا واذا اخذوا المال ولم يقتلوا قطعت ايديهم
وارجلهم من خلاف ونفيهم ان يطلبوا اذا هربوا حتى يوجدوا
وتقام عليهم الحدود فان قاله توقيفا وجب الاخذ وان قاله
تفسيرا للاية فهو ترجمان القران واعرفنا بتاويله قال

وقيل يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت ليحصل الالم التام
في حقه فيكون ابلغ في الانزجار وقيل تقطع يده ورجله
ثم يصلب وقيل يصلب ثلاثا قبل القتل ثم ينزل ويقتل والاول اصح
لقوله عليه السلام اذا قتلتم فاحسنوا القتلة ولان المقصود
زجر غيره وذلك حاصل بصلبه بعد القتل ولا يصلب اي بعد
القتل اكثر من ثلثة ايام وقيل يصلب حتى يسيل صديده لان
المصلوب انما سمي مصلوبا لسيلان صديده اذ الصلب ودك العظام
وليس بشيء لان فيه تعطيل احكام الموتى من الغسل والتكفين
والصلاة وفيه اضرار بالناس برائحته وان خيف تغيره قبل الثلث
بان كان في حر شديد نزل وقيل لا ينزل قبل الثلث ليحصل التنكيل
وليس بشيء وان مات قبل الصلب صلب على احد الوجهين ولا يجب
ما ذكرناه من حدود قاطع الطريق الا على من باشر اسبابها
دون من كان ردءا او عينا والمراة كالرجل في ذلك قال
وان جنى قاطع الطريق جناية توجب القصاص فيما دون النفس
ففيه قولان احدهما يتحتم القصاص فيها تبعا للقتل والثاني
لا يتحتم لانه تغليظ يختص بالنفس فاشبه الكفارة قال وان
وجب عليه الحد ولم يقع طلب ابدا الى ان يقع فيقام عليه لما ذكرناه
من رواية ابن عباس فان تاب قبل ان يقدر عليه سقط انحتام
القتل والصلب وقطع الرجل لقوله تعالى الا الذين تابوا من
قبل ان تقدروا عليهم وقيل تسقط قطع اليد للاية وقيل لا يسقط
لانه حد السرقة فلا يسقط بالتوبة وفي سقوطه بالتوبة مع اصلاح
العمل خلاف ياتي في الباب الذي يليه فلو تاب المحارب بعد
الظفر لم يسقط الكل لمفهوم الاية وخالف في ذلك بعض الخراسانيين

واعلم انه انما يتعلق احكام قطاع الطريق بالمصر اذا لم تقدروا اهل المصر
على دفعهم ولو امكنهم لكن تهاونوا لم تثبت هذه الاحكام قال
والقفال والمحاربون في الليل هو ان يجمع جماعه بالليل على بيت رجل بايديهم
الشموع [illegible] حكم قطاع الطريق
خلافه لاصحاب وقال المسعودي اذا اجتمع جماعه قليلون في
المواضع المنقطعه فاخذوا المال وقتلوا او جرح الواحد او الاثنان
او الثلثه اخر القفل واستلبوا منهم شيا واعترضوهم بغير
سلاح لم يكن لهم حكم قطاع الطريق

باب حد الخمر

كل شراب اسكر كثيره حرم قليله وكثيره لما روى ابن عمر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قال كل مسكر خمر وكل خمر حرام واكثر اصحابنا
على ان النبيذ لا يسمى خمرا ويستدلون على تحريمها بقوله عليه السلام
حرمت الخمره لعينها والمسكر من كل شراب وقد كانت الخمره
مباحه في صدر الاسلام وذكر في الحاوي في صفه اباحتها وجهين
احدهما انها كانت مباحه استصحابا لحكم الجاهليه وذكروا
انه لا اشبه والثاني انها كانت مباحه بشرع وردفيها كقوله تعالى
ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا الايه
ثم حرمت لانعقاد الاجماع على تحريمها وما يروى عن قدامه بن مظعون
وعمرو بن معدي كرب انهما قالا هي حلال فقد رجعا عن ذلك
لما اعلمهما الصحابه تحريمها والخمر هي عصير العنب التي اشتدت
وقذف بالزبد ولم يشترط ابو يوسف ومحمد ان تقذف بالزبد قال
ومن شرب المسكر وهو بالغ عاقل مسلم مختار وجب عليه الحد فان
كان حرا جلد اربعين لما روى علي كرم الله وجهه ان النبي عليه السلم

جلد في الخمر اربعين وجلد ابو بكر رضي الله عنه اربعين وجلد عمر
رضي الله عنه ثمانين وكل سنه وهذا احب الي قال وان
كان عبدا جلد عشرين لانه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر
كما لزنا قال [illegible] يبلغ [illegible] ثمانين وفي
العبد اربعين جاز لحديث عمر رضي الله عنه ولما راى الامام ان يبلغ
بالحد في الحر ثمانين عمر لانه اذا اتي بالرجل المنهمك في الشرب جلده
ثمانين واذا اتي بالرجل الضعيف الزله جلده اربعين وحكى الخراسانيون
وجها اخر ان ذلك لا يجوز وعلى المذهب اذا جلد الثمانين كان الزايد
على الاربعين تعزيرا فان قيل التعزير لا يبلغ عندكم اربعين
قلنا ذلك على زله واحده وها هنا ثلاث الهديان والافتراه قال
فان ضرب الحد احدا واربعين فمات ففيه قولان احدهما يضمن نصف
ديته لانه مات من مضمون وهو الزايد على الاربعين اذ التعزير
مضمون وغير مضمون وهو الحد اذ الحد غير مضمون فاشبه ما لو جرحه
غيره جراحه وجرح نفسه جراحات والثاني يضمن جزا من احد وثمانين
جزا من ديته لان الاسواط متقاربه التماثل فقسط على عددها بخلاف
الجراحات قال ويضرب في حد الشرب بالايدي والنعال
واطراف الثياب وقيل يجوز بالسوط لان عمر رضي الله عنه جلد
ابنه بالسوط وجلد علي كرم الله وجهه الوليد بن عقبه بالسوط و
المنصوص هو الاول لما روى عبد الرحمن بن ازهر ان النبي عليه
السلام اتي بشارب فقال اضربوه فضربوه بالنعال والايدي واطراف
الثياب وحثوا عليه التراب قال فان ضربه بالسوط فمات
اي على المنصوص فقد قيل يضمن بقدر ما زاد على الم النعال اذ
هو القدر الزايد على الحد وقيل يضمن جميع الديه لانه عدل من جنس

الى غيره فاشبه ما لو ضربه بجارح فمات منه وقيل يضمن نصف الديه
وحكى ابن الصباغ في اصل الضمان على النص وجهين بناء على القولين
فيما لو ضربه في حر شديد او برد شديد قال الخراسانيون
يجوز الضرب بالعصا وهل يجوز باطراف الثياب والنعال فيه وجهان
ولا يجوز حد الخمر حتى يقر انه شرب مسكرا او خمرا او تقوم البينه
عليه بذلك ولا يفتقر الشاهدان يقول شرب وهو غير مكره
او مع علمه بذلك لان الظاهر ذلك ويفارق الشاهد على الزنا حيث قلنا
لا يحكم حتى يفسر الشاهد الزنا لان الزنا يعبر به عن الصريح
وعن دواعيه ولا كذلك الشرب فاما اذا وجد سكران شم منه رايحه
الخمر او تقيا مسكرا لم يجب الحد وقال ابو علي بن ابي هريره
يحد بالسكر لانه يدعي ما يسقط الحد واستدل بان عثمان رضي الله عنه
قال ما تقيا الا وقد شربها وامر باقامه الحد عليه وشم ابن مسعود
رضي الله عنه من رجل رايحه الخمر فقال لا ابرح حتى اجده (?)

فصل

ومن زنا دفعات او سرق دفعات او
شرب المسكر دفعات ولم يحد اجزاه عن كل جنس حد واحد لان سببها
واحد فقد اخلف لحصول المقصود قال وان زنا وهو بكر
فلم يحد حتى زنا وهو محصن جلد ورجم لان اختلاف الاحكام يدل
على تغاير الحكم فاشبه ما لو زنا وارتد ويحتمل ان يقتصر على رجمه
قال الغزالي رحمه الله وهو الاصح كما يندرج الوضوء تحت الغسل على
ظاهر المذهب ح قال وان زنا وسرق وشرب الخمر وجب لكل
واحد منهم حد ولم يتداخل لان اسبابها مختلفه فيبدى بحد الشرب
ثم جلد في الزنا ثم يقطع في السرقه فيقدم الاخف فالاخف
اذ هو اقرب الى استيفا الكل قال وان كان معها حد قذف

فقد قيل يبدى به قبل حد الشرب رعايه لحق الادمي وقيل يبدى بحد
الشرب ثم بحد القذف وهو الصحيح لانه اخف قال وان اجتمع
قتل في قصاص وقتل في المحاربه قدم السابق منهما لانهما تساويا
في تعلق حق الادمي فرجح بالسبق قال وان اجتمع عليه حدان فاقيم
احدهما لم يقم الاخر حتى يبرى من الاول لان المقصود منه الزجر
دون القتل قال ولو والى بينهما ربما تفضي الى القتل قال
وان اجتمع قطع السرقه وقطع المحاربه قطعت يده اليمنى للسرقه
والمحاربه وهل يقطع الرجل معها قيل يقطع وهو الاصح لانها من
تمام الحد وقيل لا تقطع اي حتى تندمل اليد لان اليد تقطع لاخذ
المال في غير المحاربه والرجل تقطع لاخذه في المحاربه وهما سببان
مختلفان فاشبه حد الزنا مع حد الشرب قال وان كان مع
الحدود قتل في المحاربه فقد قيل يوالي بين الحدود لان قتله يتحتم
فلا معنى للتاخير وقيل لا يوالي وهو الصحيح لان عند ذلك يومن
ان يموت قبل الاستيفا بما بعده قال ومن وجب عليه حد الزنا
او السرقه او الشرب وتاب واصلح ومضى عليه سنه اي قبل الظفر
به سقط عنه الحد في احد القولين ولا يسقط في الاخر لان العمومات
الوارده فيها لم تفصل ما قبل التوبه او بعدها بخلاف حد قاطع
الطريق والصحيح انه يسقط لقوله عليه السلام التوبه تجب ما قبلها
ولانه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبه كحد قاطع الطريق قال
ابن الصباغ فاما لو تاب منها بعد الظفر لم يسقط الحد قولا واحدا
وانما اعتبرنا اصلاح العمل في اسقاط هذه الحدود ولم نعتبره
في حد قاطع الطريق لقوله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان
الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم ولم يذكر اصلاح في قاطع الطريق

ولان المحارب يظهر المعاصي فاذا تاب فالظاهر من حاله انه لم يتب
تقيه بل لرجوعه عما كان عليه وغير المحارب يسر المعاصي على
وجه الاظهار فاذا تاب فالظاهر انه تاب تقيه فلم يحكم بصحة توبته
حتى يقترن به اصلاح العمل وعله تقديره بسنه نذكر في كتاب الشهادات

باب التعزير

التعزير اسم يختص بما يفعله الامام او نايبه في غير الحدود وللتاديب
فاما ضرب الزوج زوجته والمعلم الصبي فذلك يسمى تاديبا واصله
العزر وهو المنع والرد يقال عزره اذا رفعه ومنه سمي
النصر تعزيرا لانه يدفع العدو ويمنع العدو واليه الاشاره بقوله
تعالى وتعزروه ٥ قال ومن اتى معصيه لا حد فيها ولا كفاره
كالمباشره المحرمه فيما دون الفرج والسرقه فيما دون النصاب
والقذف بغير الزنا والجنايه بما لا يوجب القصاص والشهاده
بالزور وما اشبه ذلك من المعاصي عزر روي ذلك عن الخلفا الراشدين
رضي الله عنهم ولان الله تعالى اباح الضرب للزوج عند نشوز
زوجته وقسنا عليه سائر المعاصي قال على حسب ما يراه الامام
اي ان راى حبسه حبسه وان راى ان يجلده جلده ولا يبلغ به ادنى
الحدود لقوله عليه السلام من بلغ ما ليس بحد حدا فهو من المعتدين
ولان هذه المعاصي دونها فلا يجب فيها ما يجب في تلك فان كان
حرا لم يبلغ به اربعين جلده وان كان عبدا لم يبلغ به عشرين جلده
قال وان راى ترك التعزير جاز هكذا نقل الشيخ ابو حامد
من غير فرق بين ان يتعلق به حق ادمي او لا يتعلق لقوله عليه السلام
اقيلوا ذوي الهيات عثراتهم الا في الحدود وادنى درجات الامر
الاباحه لانه ضرب غير محدود فلم يكن واجبا كضرب الزوجه قال في

المهذب ليس له تركه اذا تعلق به حق لادمي قال الغزالي
اذا تعلق به حق الادمي فليس للامام الاهمال مع الطلب لكن هل يجوز
الاقتصار على التوبيخ باللسان فيه وجهان واذا عزر الامام
رجلا فمات وجب الضمان عليه وقيل لا يجب والمذهب لانه روي
ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولا مخالف لهما ولانه ضرب غير
محدود له عنه مندوحة فكان مضمونا كضرب الزوج زوجته
وفيه احتراز من ضرب الرايض للدابه فانه ليس له عنه مندوحه

باب اداب السلطان

الامامه فرض على الكفايه باجماع الصحابه فان لم يكن من يصلح
الا واحد تعينت عليه ويلزمه طلبها فان امتنع اجبر عليها لان الكفايه
لا تحصل الا به قال ولا تنعقد الا بتوليه الامام قبله او باجماع
جماعه من اهل الاجتهاد على التوليه اما انعقادها بتوليه
الامام قبله فلان طاعته واجبه لقوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا
الرسول واولي الامر منكم ولان ابا بكر ولى عمر رضي الله عنهما
ولم ينكر عليه احد من الصحابه ذلك واما انعقادها باجماع جماعه
من اهل الاجتهاد على توليته فاعلم ان الاصحاب اختلفوا في العدد
المعتبر في المبايعه فقيل ثلثه ويدل عليه كلام الشيخ اقل ما
يطلق عليه اسم الجمع فاذا تحقق ذلك لم يمكن مخالفته واما
اعتبار جميع اهل الحل والعقد فيعسر ويحتاج الى مده ويختل امر
المسلمين لو توقفت الامامه على اجتماعهم وقيل لا بد من مبايعه
العلما والروسا ومن تيسر حضوره من اهل الحل والعقد ومن
له وجاهه بين الناس وقيل يكفي اثنان وقيل لا بد من اربعه وقيل لا بد

من اربعه وقيل لا بد من اربعين واعلم ان المصنف رحمه الله حصر في
هذين الطريقين وذكر بعض العلما طريقين اخرين احدهما
الشورى كما في تولية عثمان رضي الله عنه والثاني القهر
والشوكه فان من استجمع الشرايط اذا كانت له شوكه ولم يكن ثم امام
فقهر الناس وحملهم على الطاعه انعقدت له الامامه على الصحيح من
المذهب قال ولا يجوز ان تعقد لاثنين في وقت واحد
قال امام الحرمين يجوز اذا بعد المدى وهو خطا لانه مسبوق على انه
لا يجوز فان عقد لاثنين في وقت واحد فالامام هو الاول لقوله
عليه السلام اذا بويع لخليفتين فاقتلوا الاخر منهما والمراد لا تقبلوا
له فيكون كالمقتول قال فان عقد لهما معا او لم يعلم السابق
استونفت التوليه اذ لا مزيه لاحدهما على الاخر قال وينبغي
ان يكون الامام ذكرا بالغا عاقلا عدلا عالما بالاحكام كافيا لما
يتولاه من امور الرعيه واعنا الائمه اي اتفاقهم ان هذه الصفات
معتبره في الحاكم ففي الامام اولى وينبغي ان يكون شجاعا لانه يحتاج
الى سد الثغور واخذ الحصون وقتل الاعدا وان يكون سميعا بصيرا
ناطقا لتوقف المقصود منه عليها ولا يشترط سلامه الاعضا
كاليد والرجل لعدم توقف المصالح المطلوبه منه عليها ولا يجوز
عقدها للمفضول فان عقدت له انعقدت خوفا من اثاره قال
وان يكون من قريش قال امام الحرمين يحتمل ان لا يشترط ذلك
وهذا لا يصح لقوله عليه السلام الايمه من قريش واجمعت الامه
عليه قال في التتمه فان لم يوجد من قريش من يجمع الشرايط
ولي واحد من كنانه يجوز وان لم يكن كاني يصلح ولي واحد من ولد اسمعيل
عليه السلام وان لم يوجد واحد منهم من يصلح ولي جرهمي فان

لم يوجد منهم من يصلح ولي رجل من ولد اسحق عليه السلام قال
وان اختل شرط من ذلك لم تصح التوليه لفوات الشروط وان زال
شرط من ذلك بعد التوليه بطلت توليته لفوات الحكمه المتعلقه
بفوات ذلك الشرط الا اذا طرى عليه الفسق ففيه ثلثه اوجه
احدها ينعزل وهو الاصح والثاني لا ينعزل الا بمباشره العزل
والثالث ان امكن تقويم اوده لم يجز عزله بل تقويمه وان لم يمكن
ذلك عزل قال في التتمه المذهب المشهور انه لا ينعزل بالفسق
ولا يكون موجبا لعزله لان ذلك مختلف في كونه موجبا للعزل فاذا
عزلناه ثارت الفتنه والخبطه قال والافضل ان يكون شديدا
من غير عنف اي غير بالغ في الشده لينا من غير ضعف اي بالغ في
اللين لانه اذا كان فيه عنف وجبريه خافه الناس فلا يتمكنون
من رفع حاجتهم اليه وان كان ضعيفا مهينا انبسطت عليه الرعيه
وتجرا بعضهم على بعض ولا يحتجب عن الرعيه لقوله عليه السلم
من ولي من امور الناس شيا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب
الله عز وجل دون حاجته وفقره قال ولا يتخذ حاجبا
ولا بوابا لانه لا يومن ان يمنع من له ظلامه او يرجح بعض الناس على
بعض قال فان اضطر الى ذلك اتخذ امينا سلسا ولا يكون
جبارا اشرسا رفقا بالرعيه السلس اللين الجبار المتكبر الشرس
سي الخلق قال في المهذب لا يكره للامام ان يتخذ حاجبا لان يرفا
كان حاجبا لعمر رضي الله عنه والحسن بن علي كان حاجبا لعثمان وقنبر
كان حاجب علي رضي الله عنهم لكن الامام ينظر في جميع المصالح فتدعوا
الحاجه الى ان يجعل لكل حاجه وقتا لا يدخل فيه كل احد قال
والمستحب ان يشاور اهل العلم في الاحكام واهل الراي في النقض والابرام

اي الاحكام قال الله تعالى وشاورهم في الامر قال الحسن
وان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم غنيا عن مشاورتهم لكن اراد الله
ان يستن بذلك الاحكام بعده وقد شاور رسول الله صلى الله عليه
وسلم والخلفا بعده ويلزمه النظر في مصالح الرعية من امر
الصلاة والايمة في امر الصوم والاهلة وامر الحج والعمرة والقضا
والحسبة وامر الاجناد والامرة لانه وضع لذلك قال ولا يولي
ذلك الا ثقة مامونا عارفا بما يتولاه كافيا لما يتقلده من الاعمال
ليحقق المقصود من الولاية ولا يدع السوال عن اخبارهم والبحث
عن احكامهم حتى يامن حدوث ما لا يجوز منهم قال وينظر في
اموال الفي والخراج والجزية ويصرف ذلك الى الاهم فالاهم من المصالح
من سد الثغور وارزاق الاجناد وسد البثوق وحفر الانهار
وارزاق القضاة والموذنين وغير ذلك من المصالح وينظر في اموال
الصدقة ومصارفها وينظر في امر المرافق والمعادن وفي تقطيعها على
ما ذكرناها في مواضعها

كتاب الاقضية

باب ولاية القضا واداب القاضي

القضا هو الحكم وسمي القاضي قاضيا وحاكما لانه ينفذ الاحكام
ويمضيها ويحتمل ان يكون القضا من الايجاب فسمي قاضيا لايجابه الحكم
على من يجب عليه ويحتمل ان يكون تسميته حاكما لمنعه من الظلم يقال
حكمت الرجل واحكمته اذا منعته قال وولاية القضا
فرض على الكفاية لقوله عليه السلام ان الله لا يقدس امة ليس فيهم
من ياخذ للضعيف حقه ولانه اما ان يكون امرا بالمعروف ونهيا عن
المنكر واما ان يكون فرض على الكفاية ولان الظلم مركب

في الطباع فلا بد من حاكم لينصف المظلوم من الظالم فان لم يكن
من يصلح الا واحد تعين عليه ويلزمه طلبه حتى انه لو احتاج الى بذل
مال لزمه بذله كما يلزمه شرا الرقبة للكفارة والطعام للمجاعة
فان امتنع اجبر عليه لان الكفاية لا تحصل الا به ويستحب ان
يقول اذا دعي سمعا وطاعة قال وان كان هناك غيره كره له
ان يتعرض له لقوله عليه السلام من استقضي فكانما ذبح بغير سكين قال
الا ان يكون محتاجا فلا يكره لطلب الكفاية او خاملا فلا يكره لنشر
العلم بل هو مستحب في هاتين الحالتين قال ويجوز ان يكون في
البلد قاضيان واكثر ينظر كل واحد منهما في موضع لانه نيابة عن
الامام فكان على حسب الاستنابة ولا يجوز ان يجعل القضا الى اثنين
في مكان واحد وزمان واحد وحق واحد على احد الوجهين لانهما ربما
اختلفا فلا تنقطع الخصومة قال ولا يصح القضا الا بتولية الامام
او من فوض اليه الامام لانه من المصالح العظام فان تحاكم رجلان الى رجل
يصلح للقضا فحكم بينهما في مال ففيه قولان احدهما لا يلزم ذلك (لزوم)
الحكم الا ان يتراضيا به بعد الحكم لانه من اعتبر رضاهما في الحكم
والثاني انه يلزم بنفس الحكم كما في الحاكم ويجوز التحكيم في الاموال
على القولين جميعا قال الخراسانيون انما يلزم اذا لم يكن ثم حاكم ففي الجواز
قولان وان كان ثم حاكم لم يجز قال فان رجع فيه احدهما قبل ان
يحكم اي على قولنا انه يلزم بنفس الحكم فقد قيل يجوز لان الحكم انما يلزم
اذا وجد التراضي حال الحكم وقيل لا يجوز لانه يودي الى ان لا يلزم
حكم لانه اذا هم بالحكم امتنع المحكوم عليه قال وان تحاكما اليه
في النكاح واللعان والقصاص وحد القذف فقد قيل يجوز لان من صح
حكمه في حكم الامام صح في جميع الاحكام كالحاكم وقيل لا يجوز لان

لان هذه الاحكام غلظ فيها في الشرع فاحتيط لها قال
وينبغي ان يكون القاضي ذكرا حرا بالغا عاقلا عدلا لان هذه
الصفات لما اعتبرت في الشاهد ففي الحاكم اولى قال عالما
لان الجاهل لا يكون مفتيا فاولى ان لا يكون قاضيا واعلم
انه ينبغي ان يكون من اهل الاجتهاد اي متمكنا من درك احكام
الشرع من غير تقليد فان تعذر ذلك فالعالم المقلد مقدم على
الجاهل فاذا كان يعتقد مذهب الشافعي رضي الله عنه فادى اجتهاده
في مسئلة معينة الى مذهب ابي حنيفة رحمه الله او بالعكس
حكم بما ادى اليه اجتهاده وحكى في الحاوي وجها انه لا يحكم بمذهب
غيره لانه يتهم ولا بد مع ذلك من كفاية لائقة بالقضا فمجرد
العلم لا يكفي بهذه الامور قال وقيل يجوز ان يكون اميا اي لا
يكتب وهو الصحيح لان النبي عليه السلام كان اميا وقيل لا يجوز لانه
ربما حرف الذي يقرا عليه بخلاف الذين كانوا عند النبي صلى الله عليه
وسلم فانهم كانوا ثقاة ولو حرفوا لعلمه من جهة الوحي ولا يجوز
ان يكون اصما ولا اخرسا وان كان يفهم بالاشارة على اصح الوجهين
قال والافضل ان يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف
كما في الامام قال واذا ولى الامام رجلا كتب له العهد ووصاه بتقوى
الله تعالى والعمل بما في العهد اي استحبابا اقتدا برسول الله
عليه السلام واشهد على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية
اي الاخبار من جهتهما وقيل ان كان البلد قريبا بحيث يتصل اليه الخبر
لم يلزم الاشهاد لحصول المقصود بالاستفاضة ويعتبر في عقد
ولاية القضا الايجاب والقبول فان قال فوضت اليك القضا
او رددت اليك القضا او اسندت اليك فوجهان احدهما انه صريح

كقوله قلدتك القضا او وليتك القضا او استخلفتك على القضا
او استنبتك على القضا والثاني انه كناية وذكر في الحاوي انه
اصح كقوله عولت عليك في القضا واعتمدت عليك في القضا ولو
كان المولى غائبا فشرع في النظر لما بلغته الولاية قبل القبول
وهل يكون قبولا فيه وجهان احدهما يكون قبولا والثاني لا يكون
قبولا حتى يصرح بالقبول قال ويسال القاضي عن حال البلد
ومن فيه من الفقها والامنا قبل دخوله لانه يحتاج الى معرفتهم
فاستحب تقديم ذلك قال ويستحب ان يدخل صبيحة يوم الاثنين
لان النبي عليه السلام دخل المدينة يوم الاثنين فان فاته دخل يوم
السبت او الخميس الخبر المشهور وينزل في وسط البلد ليساوي قصده
الناس ويجمع الناس اي بان يبعث مناديا ينادي في البلد ان فلان القاضي
قد قدم فاحضروا السماع عهده فان كان البلد كبيرا نادى يومين
او ثلثة قال ويقرا عليهم العهد ليعلموا بالولاية ويتسلم المحاضر
والسجلات من القاضي الذي كان قبله لان النظر قد صار اليه وزال
عن الذي كان قبله

فصل

وان احتاج ان يستخلف في
اعماله لكثرتها استخلف من يصلح ان يكون قاضيا اي في المستخلف
فيه ولا يحتاج الى اذن الامام في الاستخلاف على المذهب الصحيح لان
توليته اذن في ذلك عرفا وان لم يحتج فقد قيل يجوز لانه وضع للنظر في
المصالح فجاز ان ينظر بنفسه وبغيره وقيل لا يجوز الا ان يوذن له في
ذلك وهو المذهب كالوكيل فان قلنا لا يجوز فاستخلف وحكم ففي نفوذ
حكمه قولان وهل يملك القاضي قبض الصدقات اذا لم يكن لها ناظر
واقامة الجمعة والعيد اذا لم ينصب لها الامام بمطلق الولاية
فيه وجهان وليس للقاضي عزل من ولاه الامام الا ان يكون قد

فتجعله نايبا عنه ففي جواز عزله وجهان احدهما له ذلك كما لو
استنابه هو ٥ قال وان احتاج الى كاتب استحب ان يكون مسلما
لقوله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يالونكم خبالا ٥ قال عدلا
كيلا يخون ٥ عاقلا اي وافر العقل كيلا يخدع فقيها ليكون عارفا بما
يكتب من المحاضر والسجلات ولا يشترط من ذلك الا ان يكون ممن يحسن
الكتابة وقيل يشترط جميع ما ذكرناه قال ولا يتخذ حاجبا ولا
بوابا اي يكره لانه ربما منع من له ظلامة فان احتاج اتخذ حاجبا
امينا عاقلا بعيدا من الطمع ويامره ان لا يقدم خصما على خصم ولا يخص
في الاذن قوما دون قوم اي عند الاستوا ولا يقدم على اول ويوصي
الوكلا على بابه بتقوى الله تعالى ويامرهم بطلب الحق ويوصي اعوانه
اي الاجرا الذين يحضرون الخصوم بتقوى الله عز وجل والرفق بالخصوم
لانه العدل ٥ ولا يتخذ شهودا مرتبين لا يقبل غيرهم لجواز تحقق العدالة
من غيرهم وقيل ان اول من اتخذ ذلك اسمعيل بن اسحق المالكي ٥ قال
ويتخذ قوما من اصحاب المسايل امنا ثقات برا من الشحنا بينهم وبين
الناس اي بسبب مذهب او نسب او غيرهما ليعرف حال من يجهل عدالته
من الشهود لانه لا يمكنه البحث بنفسه قال ويجتهد ان لا يعرف
بعضهم بعضا كيلا يجمعهم براهوا على التواطو قال ولا يحكم
ولا يولي ولا يقبل البينة في غير عمله فان فعل ذلك لم يعتد به لانه
لا ولاية له فيه فاشبه ساير الرعية قال ولا يجوز ان يرتشي
لقوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي ولا يقبل الهدية ممن
لم تكن له عادة بالهدية له قبل الولاية لنهيه عليه السلام عن ذلك
ولا ممن كانت له عادة ما دامت له خصومة للتهمة فان لم يكن له خصومة
جاز ان يقبل اي ما لم يكن اكثر او ارفع لانتفا التهمة وقيل لا يجوز

حسما للباب قال والافضل ان لا يقبل لانه ربما كانت له خصومة
منتظرة فان قبل فالاولى ان يثيب عليها ويجعلها في بيت المال
وكل موضع قلنا لا يجوز ان يقبل فقبل ففيه ثلثة اوجه احدها
انه يرد الى المهدي والثاني انها ترد الى بيت المال والثالث حكاه
الخراسانيون انها تكون للمهدي له وكذا الحكم في عامل الصدقات
اذا اخذ الهدية قال ولا يحكم لنفسه ولا لوالده ولا لولده ولا
لعبده وامته للتهمة فان اتفق لاحد منهم خصومة حكم فيها بعض
خلفايه اذ لا تهمة وقيل ان خليفته ينعزل بموته لم يحكم له وهل
يجوز لخليفته ان يحكم له فيه وجهان اظهرهما انه لا يجوز فعلى هذا
يحكم له حاكم اخر قال في الحاوي وفي جواز الحكم لوالده وجهان
وولده ثلثة اوجه احدها لا يجوز كما لا يجوز ان يشهد له والثاني
يجوز ان يحكم له وان لم يجز ان يشهد له والثالث يجوز ان يحكم له بالاقرار
ولا يجوز ان يحكم له بالبينة قال ومن تعين عليه القضا وهو مستغن
لم يجز ان ياخذ عليه الرزق من بيت المال كغيره من الواجبات وان
كان محتاجا اي بان لم يكن له مال ولا كسب او له كسب ولكن يتعطل عليه
بسبب القضا جاز لانه لا يلزمه ان يضيع امر نفسه لمراعاة حق غيره
قال ومن لم يتعين عليه جاز ان ياخذ ما يحتاج اليه لنفسه ولكاتبه
وللقرطاس الذي يكتب فيه المحاضر لان بيت المال مرصد للمصالح
وهذا منها وكذلك يعطى الاجرا من سهم المصالح لانه يحتاج اليهم
لاحضار الخصوم قال وان اجتنب ولم ياخذ فهو افضل
لانه ابعد للتهمة قال ويجوز ان يحضر الولايم اي اذا كانت لغير الخصمين
ولم يعمل له على الخصوص ويشهد مقدم الغايب ويسوي بين الناس
في ذلك تطييبا لقلوبهم فان كثرت عليه وقطعته عن الحكم امتنع

امتنع في حق الكل قال ويعود المرضى ويشهد الجنائز
فان كثرت عليه اتى من ذلك ما لا تقطعه عن الحكم والفرق بين ذلك
وبين حضور الولائم ان حضور الولائم لطلب اربابها فاذا حضر
عند البعض دون البعض كان ذلك ميلا منه والحضور في غيرها
لطلب الثواب فلا يمنع من احراز ما قدر عليه منه واعلم ان الشيخ
رحمه الله الحق هاهنا مقدم الغائب بالولائم وغيره الحق بالعبادات
للمريض وهو الصواب قال الشافعي رضي الله عنه ويعتذر
الى الذي يدعوه ويعرفه اشتغاله بالحكم ويساله ان يحلله قال
في المستظهري اختلف اصحابنا فيمن يتولى امور المسلمين من القضاه
والايمه في حضور الولائم على ثلثه اوجه احدها انهم كغيرهم في الندب
والثاني انه يسقط عنهم فرض الاجابه والثالث ان كان مرتزقا
لم يحضر وان كان غير مرتزق حضر قال ولا يقضي وهو
غضبان ولا جائع ولا عطشان ولا مهموم ولا فرحان ولا يقضي والنعاس
يغلبه ولا يقضي والمرض يقلقه ولا يقضي وهو حاقن اي محتاج
الى البول ولا حاقب اي يحتاج الى الغوط ولا في حر مزعج ولا في برد
مولم لقوله عليه السلام لا يقضي القاضي وهو غضبان ولان في هذه
الاحوال لا يتوفر على الاجتهاد لاشتغال قلبه ويكره له الحكم عندها
قال فان حكم في هذه الاحوال نفذ حكمه لان النبي عليه السلام
حكم في حاله الغضب بين الزبير والانصاري قال ويستحب ان
يجلس للحكم في موضع بارز فسيح ليصل اليه كل احد ولا يحتجب الا لعذر
لانه ربما قدم البواب المتاخر واخر المتقدم ولا يجلس للقضاء في المسجد
لقوله عليه السلام للذي ينشد الضاله في المسجد لا وجدتها انما بنيت
المساجد لذكر الله تعالى والصلاه فيها قال فان اتفق جلوسه فيه

فيه اي للاعتكاف او لانتظار صلاه فحضره الخصمان لم يكره ان يحكم بينهما
وعليه يحمل ما روي ان الصحابه قضوا قضايا في المسجد قال
ويستحب ان يجلس مستقبل القبله لقوله عليه السلام خير المجالس
ما استقبل به القبله ويجلس وعليه السكينه والوقار من غير جبريه
ولا استكبار وحكي عن بعض السلف انه قال شده من غير عنف
ولين من غير ضعف قال ويترك بين يديه القمطر مختوما ليترك
فيه ما يجتمع من المحاضر واصل القمطر دفاتر الحساب وغيرها
نص ويجمع في مكان واحد ويعني وشد يقال قمطرت الحساب قمطره
اذا عصبه وشددته قال ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد ما
يكتب فيمنع بفهمه التحريف **فصل** ويستحب ان لا
يحكم الا بمشهد من الشهود احتياطا ويحضر من الفقهاء الذين هم اهل
الاجتهاد فان اتفق امر مشكل شاورهم فيه لما بيناه في الامام فاذا
اتضح له الحق حكم به ولكن يستحب له ان يامرهما بالصلح فان لم يفعلا حكم
وان لم يتضح اخره الى ان يتضح ولا يقلد غيره في الحكم لانه مجتهد
وقيل ان حضر ما يفوته كالحكم بين المسافرين وهم على الخروج جاز ان
يقلد غيره ويحكم كما في القبله اي على راي وليس بشي لان ذلك موضع
ضروره ولا ضروره هاهنا لانه يمكنه رد الحكم الى من يحكم بالاجتهاد
قال فان حضر خصوم بدا بالاول فالاول لان للاول حق
السبق قال فان كان فيهم مسافرون قدمهم ان كان عليهم ضرر في الاقامه
الا ان يكثروا ان كانوا مثل المقيمين او اكثر فلا يقدمهم دفعا للضرر عن
المقيمين وقيل لا يقدمون وان قلوا الا برضى المقيمين فان استوى
جماعه في الحضور واشكل السابق منهم اقرع بينهم فمن خرجت عليه
القرعه قدم لانه لما انتفى المرجح تعينت القرعه كما في المسافره ببعض النسا

قال ولا يقدم السابق في اكثر من خصومه دفعا للضرر عن الباقين
قال بعض الخراسانيين يقدم في ثلاث دعاوي قال ويسوي بين
الخصمين في الدخول والمجلس والاقبال عليهما والانصات اليهما لقوله
عليه السلام من ابتلي بالقضا بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته
ومقعده وهل ذلك واجب او مستحب فيه وجهان اصحهما انه واجب
فان سلم احد الخصمين على القاضي ففي فرض رده ثلثه اوجه احدها
انه يرد عليه في الحال والثاني انه يرد عليه بعد الحكم والثالث انه
يرد عليهما معا في الحال قال فان كان احدهما مسلما والاخر
كافرا قدم المسلم على الكافر في الدخول ورفعه عليه في المجلس لقوله
عليه السلام لا تسووا بينهم وقيل ليس له ذلك ولا يضيف احدهما
ولا يساره ولا يلقن احدا دعوى ولا حجه لما فيه من اظهار الميل ولا يعلمه
كيف يدعي وقيل يعلمه اذ لا ضرر على الاخر والاول اصح لان في ذلك
كسر قلب الخصم قال وله ان يزن عن احدهما ما لزمه لانه
نفع لهما وله ان يشفع له الى خصمه لان اجابه الشفاعه الى خيره
المشفوع اليه واول ما ينظر فيه امر المحبوسين لان الحبس عذاب
فيكتب اسم كل محبوس ولماذا حبس ولمن حبس ويامر مناديا ينادي
في البلد ثلثه ايام الا ان القاضي قد عزم على النظر في امر المحبوسين
في اليوم الفلاني فمن كان له محبوس فليحضر فاذا كان ذلك
وحضر الناس ترك الرقاع فيها اسما المحبوسين بين يديه ومد
يده اليها فما وقع في يده منها نظر الى اسم المحبوس وقال من خصم
فلان المحبوس فاذا قال خصمه انا بعث معه ثقه الى الحبس فيخرج
خصمه ويحضر معه مجلس الحكم ويفعل ذلك في قدر ما يعلم انه يتسع
زمان النظر فيه في ذلك الوقت قال فمن حبس بحق

يجوز ان

ردّه الى الحبس ومن حبس بغير حق خلاه قال ومن ادعى انه
حبس بغير حق خصمه نادى عليه اي ينادي الامر كان له حق عند
فلان فليحضر الى حد الراعه ويراقبه في هذه المده ثم يحلفه ويخليه
والفرق بينه وبين الخصم قبله حيث قلنا يخلى بغير يمين ان ثم كان
خصمه حاضرا فيكون الظاهر معه اذ الاصل عدم خصم اخر
ولا كذلك هاهنا فان الظاهر ان من يحبسه الحاكم قبله خصم ثم
ينظر في امر الايتام والاوصيا لانهم يتصرفون في حق من لا
يملك المطالبه بماله ثم ينظر في امر امنا القاضي اي المنصوبين
من جهه الحاكم للنظر في امر الايتام والمحجور عليهم بالسفه
ثم في امر الضوال واللقطه واراد بالضوال الابل والبقر
والغنم التي تضل عن اربابها واراد باللقطه الدراهم والدنانير
ونحوها وينظر ايضا في امر الاوقاف العامه وغيرها من المصالح
ويقدم من ذلك الاهم فالاهم قال وان كان القاضي قبله
لا يصلح للقضا نقض احكامه كلها اصاب فيها او اخطا لانه حكم
ممن لا يجوز له القضا فاشبه حكم احاد الرعيه قال وان
استعدى له خصم على القاضي قبله لم يحضره حتى يسله عما بينهما
لانه قصد ان يبذله فان ادعى عليه ما لا غصبه او رشوه اخذها
على الحكم احضره وان قال حكمت على بشهاده فاسقين او عبدين
فقد قيل يحضره كما لو ادعى عليه مالا وقيل لا يحضره حتى يقيم
المدعي بينه انه حكم عليه لانه يسهل اقامه البينه على الحكم
لانه يقع ظاهرا بخلاف اخذ المال وقيل يكفي ان يقيم بينه انه
حكم عليه بقضا ما قال فان حضر وقال حكمت عليه بشهاده
حرين عدلين فالقول قوله مع يمينه وقيل القول قوله من غير يمين

لانه عدل امين فالظاهر صدقه والاول اصح لانه امين ادعي عليه
خيانه فيحلف كالمودع وان قال جار علي في الحكم نظر في الحكم
فان كان في امر لا يسوغ فيه الاجتهاد اي بان كان علي مخالفه النص
او الاجماع او القياس الجلي كنكاح ذوات المحارم وضمان ما اتلف
من الخمر علي المسلم نقضه كما في حكم نفسه وان كان في امر
يسوغ فيه الاجتهاد كثمن الكلب وضمان ما اتلف من الخمر علي
الذمي ووافق رايه لم ينقضه وان خالفه ففيه قولان احدهما
ينقضه والثاني لا ينقضه ولم يذكر في مشاهير الكتب سواه نعم
قال المحاملي لا ينقضه لان الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد
وما الذي يفعل فيه قولان احدهما يمضيه لما بينا والثاني لا يمضيه
ولا ينقضه ولكن يوقفه ويجتهد في الصلح بين الخصمين وهل له
ان يتبع احكام القاضي قبله من غير متظلم فيه وجهان ه

باب صفه القضا

اذا جلس بين يدي القاضي خصمان فله ان يقول لهما تكلما لانهما
ربما هاباه في الابتدا وله ان يسكت حتي يبتديا لانهما حضرا للكلام
فان ادعي كل واحد منهما علي صاحبه حقا قدم السابق منهما
بالدعوي لسبقه فاذا انقضت خصومته سمع دعوي الاخر
فان قطع احدهما الكلام علي صاحبه او ظهر منه لدد اي التوا
في الخصومه مثل ان قال استحلف خصمي فلما شرع في الاستحلاف
قال اقطع حتي اقيم البينه ولم يكن له بينه او قال للحاكم اردت
ان تحكم لي ببينه اقيمها ثم عاد ورفعه ثانيا ولم تقم بينه او قال
وما اشبهه مما يعلم منه انه قصد الاضرار والعنت قال او

سوا دب اي مثل ان قال للحاكم ظلمتني وحكمت علي بغير حق نهاه فان
عاد زبره اي اغلظ له في الكلام فان عاد عزره اي بما يراه من
حبس او ضرب وان ادعي دعوي غير صحيحه لم يسمعها اي بل
يقول له صحح الدعوي وتصحيح الدعوي ان يصف المدعا به علي
ما سياتي في الدعاوي ان شا الله تعالي فان كان دينا او عينا فلا بد
وان يقول انه يلزمه تسليمه الي اليوم مره قال وان ادعي
دعوي صحيحه قال للاخر ما تقول فيما يدعي عليك اي وما يودي
معناه بان يقول اخرج عن دعواه وشبهه وقيل لا يقول
حتي يطالبه المدعي اي بان يقول وانا اسال مطالبته به لانه حق
للمدعي فلا يستوفي الا بمطالبته وليس بشي لان المطالبه متحققه
بشهادة الحال وعلي الوجهين يخرج ما اذا حكم بالبينه قبل سوال
المحكوم له الحكم بها قال فان اقر لم يحكم عليه حتي يطالبه
المدعي لما بيناه وحكي الخراسانيون وجها اخر انه يثبت الحق
من غير قوله حكمت بخلاف ما لو قامت البينه لان ذلك يتعلق بالاجتهاد
قال فان انكر فله ان يقول الك بينه وله ان يسكت وحكي بعض
الخراسانيين وجها انه يسكت فان القول تلقين واعلم ان هذا
اذا كان المدعي يعلم ان ذلك موضع اقامه البينه واما اذا كان لا
يعلم ذلك فانه يقول له الك بينه وله ان يسكت وحكي بعض الخراسانيين
وجها انه يسكت فان القول تلقين واعلم ان هذا اذا كان
المدعي يعلم ان ذلك موضع اقامه البينه واما اذا كان لا يعلم ذلك
فانه يقول له الك بينه فان قال ما لي بينه فالقول قول المدعا عليه
مع يمينه اي اذا لم تكن الدعوي في الدم لقوله عليه السلام البينه
علي من ادعي واليمين علي من انكره قال ولا يحلفه حتي

بطالبه المدعي لما بيناه قال ـــــــ وان نكل عن اليمين ردها على
المدعي واختلف اصحابنا فيما يستقر به نكوله على وجهين احدهما
انه يستقر باعلامه ولو مره واحده والثاني وهو قول اهل العراق
انه لا يستقر نكوله حتى يعرض عليه ثلثا وهل يتوقف الرد على
ان يقول للمنكر حكمت عليك بالنكول فيه وجهان قال ـــــــ فان
حلف استحق وان نكل صرفهما لما روى ابن عمر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام رد اليمين على المدعي ولانه احد المتداعيين
فجاز ان يحلف كالمدعا عليه فان قال المدعا عليه بعد النكول انا
احلف لم يسمع منه لانه اسقط حقه وان قال المدعي بعد النكول
انا احلف لم يسمع لما بينا الا ان يعود في مجلس اخر ويدعي وينكل
المدعا عليه لان النكول الثاني سبب لرد اليمين كالنكول الاول
واعلم ان الحاكم يستثبت المدعي اذا نكل ويساله عن ترك اليمين
فان قال لست اختار اليمين فالحكم على ما ذكره الشيخ رحمه الله
وقال في الحاوي اظهر الوجهين انه لا يحكم على المدعي بالنكول
بخلاف المدعا عليه اما لو قال لي حساب واريد ان انظر فيه قبل ذلك
ولو حلف بعد ذلك استحق واما المدعا عليه اذا نكل لا يستثبت
ولا يمهل اذا طلب الانظار للنظر في الحساب والفرق ان الحق للمدعي
فاذا طلب الامهال فقد اخر حقه بنفسه فجاز والمدعى عليه يريد
ان يوخر حق غيره فلم يجز وقال ـــــــ بعض اصحابنا يمهل المدعى
عليه يومين والثلث لانها مده قريبه ولم يذكر في المهذب غيره
فان قال المدعي بعد العجز عن اقامه البينه لي بينه سمعت بينته بل
لو قال لا بينه لي حاضره ولا غايبه وكل بينه تشهد لي فهي كاذبه
ثم اقام البينه سمعت على اصح الوجوه لجواز ان يكون قد نسي

ان له بينه او لم يعلم بها والثاني لا يسمع والثالث ان كان قد استوثق
هو بها لم تسمع وان كان قد استوثق هو بها لم يسمع وان كان
استوثق له غيره سمعت وان حضرت البينه وطلب اليمين فله ذلك
ولم يطالب باقامه البينه لانه ربما كان له غرض في تحليفه فهو يتورع
عن اليمين فيقر فيثبت حقه بالاقرار فانه اقوى من البينه او يكون
غرضه ان يحلفه ثم يقيم عليه البينه فيظهر كذبه وقيل ليس له
ان يحلفه عند اعترافه بان له بينه حاضره قال ـــــــ وان
شهدوا وكانوا فساقا فان قال المدعي زدني في الشهود فهو اليق
من التصريح بردهم وان كانوا عدولا وارتاب بهم اي بان لم يكونوا
وافري العقول او لا يكون لهم عفاف ظاهر فيسبق بشبهه
المهمه اليهم قال ـــــــ استحب ان يفرقهم ويسالهم قبل البحث
عن عدالتهم كيف تحملوا ومتى تحملوا وفي اي موضع تحملوا فان
اتفقوا وعظهم وخوفهم مثل ان يقول قال ـــــــ النبي عليه السلام
شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوا مقعده من النار وليرجعوا ان كانوا
شهودا بالزور فان كان الشاهد فقيها فلا يرا اضرار وترك الفصل
ويجب على الحاكم بعد البحث الحكم وان بقيا لريبه بخلاف ما قبل البحث
فانه لا يحكم لحق الله تعالى فان ثبتوا وعدلوا عنده استحب ان يقول
للمدعي عليه شهد عليك فلان وفلان وقد قبلت شهادتهما وقد
مكنتك من جرحهما اي يقول هذا له اذا لم يعلم ان له دفع البينه
بالجرح ليحتاط لنفسه فان قال لي بينه بالجرح وجب امهاله ثلثه ايام
لانها مده قريبه وللمدعي ملازمته الى ان يثبت الجرح فان لم يثبت
الجرح كان للمدعي ان يطالب بالحكم لظهور حقه قال ـــــــ فان كان
الشهود مجاهيل فان جهل اسلامهم رجع فيه الى قولهم ولا يعمل فيه

بظاهر الدار بخلاف اللقيط فان هذا يتعلق فيه ايجاب حق على غيره فاحتيط وحكي في الحاوي وجها انه اذا شهدوا في دار الاسلام على قديم العهد وحدثته حكم باسلامه في الظاهر والباطن قال وان جهل حريتهم لم تقبل الا ببينه وقيل يرجع فيه ايضا الى قولهم والمذهب الاول والفرق انه يملك انشا الاسلام فقبل اقراره فيه بخلاف الحريه وان جهل عدالتهم سال عن اسم كل واحد منهم وكنيته وصنعته وسوقه ومصلاه اي ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره واسم المشهود له والمشهود عليه لئلا يكون ممن لا تقبل شهادته واسم المشهود عليه حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته عليه وقدر الدين لان في الناس من يزكي في القدر اليسير دون الكثير وقيل لا حاجه الى القدر لان العدل في القليل عدل في الكثير قال ويكتب ذلك في رقاع ويدفعها الى اصحاب المسايل اي سرا ولا يعلم بعضهم بعضا كيلا يجري تمالاه ولا تواطي ويدفع كل رقعه الى رجل من اصحاب المسايل ليمضي ويسال الجيران او قوما يعينهم القاضي من الجيران واقلهم اثنان وقيل يجوز واحد والخلاف مبني على انه هل يحكم بقول اصحاب المسايل ام بقول الجيران فان قلنا بقول اصحاب المسايل فلا بد من اثنين لان التعديل لا يثبت الا باثنين وان قلنا يحكم بقول الجيران جاز ان يكون واحدا لانه مخبر للحاكم عمن يعدل قال فان عادوا بالتعديل امر من عدلهم في السر ان يعدلهم علانيه ليعلم ان الذي عدلهم سرا وهم اصحاب المسايل او الجيران على ما تقدم من الخلاف السابق قال ويكفي في التعديل ان يقول هو عدل لانه يقتضي انه عدل له وعليه وقيل لا يجوز حتى يقول هو عدل علي ولي وظاهر قول الشافعي رضي الله عنه وقول اكثر

الاصحاب لان قوله هو عدل تصريح في الدلاله على العداله اذ قد يكون عدلا في شي دون شي فصار كقوله هو رضي فاذا قال هو عدل علي ولي انتفى هذا التاويل ولان قوله عدل علي ولي معناه ليس بيني وبينه ولاده تمنع من قبول الشهاده لي ولا عداوه تمنع من قبول الشهاده علي فثبت بذلك انه ممن تقبل تزكيته وجرحه واذا قال لا اعرف منه الا خيرا لم يكف قال الخراسانيون لا بد وان يقول انه عدل مقبول القول والشهاده وكم من عدل لا تقبل شهادته قال ولا يقبل التعديل الا ممن هو من اهل المعرفه الباطنه لتوقف معرفه العداله الباطنه عليه الا ان يكون حاكم في التعديل تعديله عنده عدلا من اهل المعرفه الباطنه فانه يكفي ذلك في تعديله فان قال المشهود عليه هو عدل فهل يجوز للحاكم ان يحكم عليه بشهادته فيه وجهان قال وان عادوا بالجرح سقطت شهادتهم لكونهم مجروحين وان عاد احدهم بالجرح والاخر بالتعديل بعث اخرين هذا هو المنقول في اكثر الكتب وقال في المهذب بعث ثالثا فان عاد بالجرح كملت بينة الجرح وان عاد بالتعديل كملت بينة العداله وما قاله حسن قال فان عدله اثنان وجرحه اثنان قدم الجرح على التعديل لان شاهد الجرح معه زياده علم لانه يخبر عن امر باطن وشاهد التعديل يخبر عن امر ظاهر وقال اصحابنا ولا تقدم بينة التعديل على بينة الجرح الا في مسالتين احداهما اذا شهد شاهدان على جرحه في بلد فانتقل الى بلد اخر فعدله اثنان والثانيه اذا شهد اثنان انه قذف وسرق وشهد اخران انه تاب وحسنت طريقته ولا يقبل الجرح الا مفسرا اي لا بد من ذكر سبب الجرح لجواز ان يعتقد ما ليس بجرح جرحا قال

الشافعي رحمه الله لا يقبل الجرح الا عن معاينة او سماع والمعاينة
مثل ان يقول رايته يزني والسماع مثل ان يقول اقر عندي بالزنا
او استفاض ذلك بين الناس ولو شهد المعدل مرة اخرى لم يراجع
المزكي الا اذا طال الزمان فانه حينئذ يسال عن عدالته على احد
الوجهين قال وان سال المدعي ان يحبسه حتى تثبت عدالتهم
حبس لان الظاهر العدالة وقيل لا يحبس لان الاصل براءة الذمة
فعلى هذا لو طلب كفيلا بالبدن فله ذلك فان امتنع حبس لاجل
الكفالة لا لاجل الحق وان قال المدعي لي بينة غائبة فهو بالخيار
ان شاء احلف المدعى عليه لان الغائبة كالمعدومة وان شاء صبر حتى
تحضر البينة لان الحق له فله تاخيره وان اقام شاهدا واحدا وسال
الحاكم ان يحبسه حتى يحضر الثاني ففيه قولان اصحهما انه لا يحبس
لان الحق لم يثبت بعد والثاني يحبسه كما لو جهل عدالة الشهود
وقيل ان كان في المال حبس قولا واحدا لانه يحكم فيه اذا حلف معه

فصل وان علم الحاكم وجوب الحق فهل له ان
يحكم بعلمه فيه ثلاثة اقوال احدها يحكم الى ما لم تقم البينة بخلافه
وهو الصحيح لانه اذا جاز له الحكم بما شهد به الشهود وهو ظن
فلان يجوز له الحكم مع العلم كان اولى ولا فرق بين ان يعلم قبل الولاية
او بعد الولاية او في موضع ولايته او في غير موضع ولايته فان
قامت البينة بخلاف علمه لم يحكم بعلمه وهل يجوز له ان يحكم بالشهادة
وجهان اصحهما انه لا يحكم بها قال والثاني لا يحكم الا ان علمه لو قام
مقام الشاهدين لا ينعقد النكاح بحضوره وحده والثالث يحكم في غير
حدود الله تعالى ولا يحكم في حدوده وهي حد الزنا والسرقة والمحاربة
وشرب الخمر لما روي عن ابي بكر رضي الله عنه قال لو رايت رجلا

على حد لم احده حتى يقوم البينة عندي ولانه مندوب الى الستر
فيها فان قلنا لا يقضي بعلمه فقد استثني اربعة امور احدها
ان له التوقف على القضاء عند علمه بالفسق بل يجب التوقف والثاني
ان له ان يقضي بعدالة الشهود بناء على علمه وقيل ليس له ذلك لان
العدالة لا تعلم يقينا بخلاف الفسق والثالث له ان يقضي على من
اقر في مجلس القضاء وان رجع عن الاقرار والرابع ان له ان يقضي
ان شهد واحد ويقوم علمه مقام شاهد اخر وقيل لا يقوم ه
قال في الشافي قال الاصطخري يتعين القضاء بالعلم في مواضع
منها ان يقر عنده انه طلق امراته ثلاثا ثم يدعي زوجيتها ومنها
ان يدعي انه قاتل مورثه وهو يعلم انه قتله غيره ومنها
ان يولد لرجل بنت وتبلغ في بيته فادعى انها امته وصدقته والقاضي
يعلم انها بنته قال وان سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر
قال له الحاكم ان اجبت والا جعلتك ناكلا ويستحب ان يكرر ذلك
ثلاثا اي ويعرفه ان حكم النكول استيفاء الحق بيمين المدعي فان
اجاب والا جعله ناكلا اي يقول قضيت عليك بالنكول او يقول
للمدعي احلف فاذا حلف المدعي قضي له لانه لو اجاب لا يخلو اما
ان يقر او ينكر فان اقر قضي عليه بما يقضي على المقر وان انكر
فقد وصل انكاره بالنكول فيقضي عليه بما يقضي على الناكل قال
وان قال لي حساب واريد ان انظر فيه لم يلزم المدعي انظاره وقد بينا
ذلك في اول الباب قال وان قال برئت اليه مما يدعيه او
قضيته فقد اقر بالحق ولا يقبل قوله في القضاء والابراء الا ببينة لان
القضاء والابراء فرع ثبوت الحق فكان دعوى ذلك اقرارا به نعم لو طلب
يمين خصمه على عدم الابراء والقضاء فله ذلك لانه يحتمل ه وان قال

له بينه قريبه بالقضا او الابرا امهل ثلثه ايام لانها مدة قريبه
وقيل يوما واحدا لانه يشبه ان يكون متعنتا والمدعي ملازمه حتى
يقيم البينه لان حقه قد ظهر قال وان لم يكن له بينه حلف
المدعي انه ما برى اليه ولا قضاه واستحق قال الشافعي رحمه الله
في الام يحلف بالله انه ما قضاه ولا شيا منه ولا احال به شيا منه ولا
ابراه عنه ولا عن شي منه وانه الى الان الى وقت يمينه ويحلف
قال على خمسه اشيا واختلف الاصحاب فقال ابو اسحق ان ادعي
عليه البراه بجهه خاصه حلف على تلك الجهه وان ادعي عليه
البراه مطلقا حلف على جميع هذه الوجوه وقال غيره يكفي ان
يحلف انه ما برا منه اليه بقول ولا فعل لان ذلك يشمل جميع
الوجوه وما ذكره الشافعي رضي الله عنه ذكره على سبيل الاستحباب
قال وان كان على ميت او غايب او صبي او مستتر في البلد وله
بينه سمعها الحاكم وحكم بها واحلف المدعي انه لم يبرا اليه من ذلك
ولا من شي منه لانه تعذر جوابه فقضي عليه مع يمين المدعي وسمي
ان المستتر في المحصن ان الحاكم حاكم وجعل كل ذي حجه على حجته قال
الخراسانيون يحلف انه ما برئ عنه ولا عن شي منه ولا اعتاض عنه
ولا عن شي منه ولا استوفاه ولا شيا منه وانه يلزمه التسليم اليه
وان الشهود صدقوا وقيل لا يجب اليمين اذا كان المدعا عليه
غايبا وقال الكرابيسي يطالب القاضي المحكوم له بكفيل وخالفه
جمهور اصحابنا في ذلك قال فاذا قدم الغايب او بلغ الصبي فهو على
حجته اي في القدح في البينه والمعارضه ببينه يقيمها بالابرا و
القضا ويعرفه الحاكم ذلك فان كان بينه تشهد بالقضا او الابرا
اقامها وان اراد الجرح قال المحاملي ينبغي ان يكون مقيدا وهو ان

تشهد الشهود بالجرح بعد الشهاده وقبل الحكم فان الجرح بعد الحكم
لا يوثر قال وان ادعي على ظاهر في البلد غايب عن المجلس فقد
قيل تسمع البينه عليه ويحكم بها كالغايب الى مسافه بعيده وقيل
لا تسمع وهو الاصح لانه يمكن سواله فاشبه الحاضر في مجلس
الحكم وقيل لا يحكم عليه وان كان في مجلس الحكم الا بسواله ومن استعدي
الحاكم على خصم في البلد احضره والا لبطلت الحقوق فان امتنع اشهد
عليه شاهدين انه ممتنع ثم يتقدم الى صاحب الشرطه ليحضره مبالغه
في حفظ الحقوق قال وان استعدي على غايب عن البلد قال
الخراسانيون وكانت فوق مسافه العدوي في موضع لا حاكم فيه كتب
الحاكم الى رجل من اهل الستر والصلاحيه للقضا في ذلك ليتوسط بينهما
فان لم يكن احد لم يحضره حتى يحقق المدعي دعواه لانه يجوز ان يكون
ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعه للجار وثمن الكلب فيلحقه المشقه
في الحضور بخلاف الحاضر فاذا حقق الدعوي احضره اي سوا كانت
المسافه بعيده او قريبه كيلا يتخذ المسافره طريقا الى اسقاط الحقوق
وقال بعض الخراسانيين لا يحضر الا بعد اقامه البينه قال
وان استعدي على امراه حره غير برزه اي التي لا تخرج لحوايجها لم
تكلف الحضور بل تومر بالتوكيل فان وجب عليها اليمين انفذ اليها من يحلفها
لان النبي عليه السلام قال اغد يا انيس الى امراه هذا فان اعترفت
فارجمها فبعث اليها ولم يطلبها للحضور قال الغزالي رحمه الله
المخدره تحضر الى المجلس للتحليف وان قلنا لا تحضر مجلس الحكم وقت
الدعوي والمخدره قيل انها التي لا تخرج اصلا الا لضروره وقيل
هي التي لا تخرج الى العزا والزيارات الا نادرا قال في
التهذيب هي التي لا تخرج الى السوق لحوايجها ولا الى الولايم ولا الى

الحمام بالنفاد وقال القفال لا معنى للمحدره وعليها ان تخرج

فصل وإذا حكم على غايب فسأله صاحب الحق ان يكتب
له الى قاضي البلد الذي فيه الخصم بما حكم به لينفذه كتب اليه وهذا اجماع
ولا فرق بين المسافة البعيدة والقريبة لان ما حكم به لزم فوجب
على كل احد تنفيذه وصورته بسم الله الرحمن الرحيم حضر فلان بن فلان
ويرفع في نسبه حتى يتميز عن غيره ويذكر صفته وادعى حقا على فلان
ابن فلان ويذكر نسبه وصفته وقد شهد فلان بن فلان وفلان بن فلان
وقد عرفت عدالتهما وحلفته على الحق وحكمت عليه وسالني ان
اكتب بذلك الى القاضي فلان بن فلان فاجبته الى ذلك قال في
المستظهري اذا كان قد حكم له بالبينة فهل يلزمه ان يذكر انه حكم
بالبينة في كتابه فيه وجهان احدهما يلزمه فعلى هذا هو بالخيار
بين ان يسمي الشهود وبين ان لا يسميهم اذا وصفهم بالعدالة
فلو لم يصفهم بالعدالة فهل يكون ذكره لهم تعديلا فيه وجهان
قال وان ثبت عنده ولم يحكم به فسأله المدعي ان يكتب الى قاضي البلد
الذي فيه الخصم بما ثبت عنده ليحكم عليه نظرت فان كان بينهما مسافة
لا تقصر فيها الصلاة لم يكتب وان كان بينهما مسافة تقصر فيها الصلاة
كتب لان القاضي الكاتب كشاهد الاصل وشهود الكتاب كشاهدي
الفرع فاعتبر في القبول مسافة القصر وقيل يكفي فيه مسافة العدوى
وكذا في الشهادة على الشهادة فيكتب شهد عندي فلان بن فلان
بكذا ولا يقول حكمت قال الشيخ ابو حامد ولا يقول ثبت عندي
لان الثبوت عنده حكم وخالفه اكثر الاصحاب وقالوا الثبوت ليس
بحكم وهو الصحيح قال واذا كتب الكتاب احضر شاهدين اي
عدلين ممن يخرج الى ذلك البلد ويقرأ الكتاب عليهما او يقرأ عليه

وهو يسمع قال الشافعي رضي الله عنه وواجب للشاهدين
ان ينظرا في الكتاب عند قراءته لئلا يغير منه شيء قال ثم يقول
لهما اشهدا علي اني كتبت الى فلان بن فلان بما سمعتما في هذا الكتاب
قال الاصطخري لو قال اشهدا ان مضمون الكتاب قضائي كفى ٥
قال الشافعي رحمه الله ان خافا ان ينسيا ما سمعاه كتباه في نسخة
معهما قال فاذا وصلا قرأ الكتاب على المكتوب اليه وقالا نشهد
ان هذا الكتاب قرأه علينا فلان بن فلان وسمعناه واشهدنا انه كتب
اليك بما فيه وان قالا لا نشهد انه كتب اليك بهذا ولم يقرأ علينا لم يجز
لانه ربما زور الكتاب عليهما قال الاصطخري اذا عرف القاضي
المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله من غير شهادة
وليس بشيء وان انكسر الختم او امحى بعض الخط وهما يحفظان ما فيه
او معهما نسخة اخرى لم يضر قال وان مات الحاكم الكاتب
او عزل او مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره حمل الكتاب اليه
وعمل بما فيه لان المعول على ما يشهد به الشهود فيجب العمل به
وموت شاهد الاصل لا يبطل شهادة الفرع قال في الحاوي
هذا مذهب البغداديين اما البصريون فمنهم من هو موافق لمذهب
ابي حنيفة رحمه الله في ان المولى لا يقبل الكتاب الذي كتب الى المعزول
قال وان فسق الكاتب فان كان فيما ثبت عنده ولم يحكم بطل
كتابه كما في نظيره من الشهادة على الشهادة وان كان فيما حكم به
لم يبطل لان الحكم لا يبطل بالفسق الحادث ٥ قال وان اوصل
الكتاب فحضر الخصم وقال لست انا فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه
لان الاصل انه مطالبه عليه فان قال لا احلف على نفي الاسم بل نفي
الاستحقاق لم يقبل على الصحيح وان اقام المدعي بينة انه فلان بن فلان

فقال انا فلان بن فلان لا ابن عمر المحكوم عليه لم تقبل قوله حتى يقيم البينه
ان له من يشاركه في جميع ما وصف به في الكتاب لان الاصل عدم المشاركه
عمره اباه في ذلك فان اقام بينه ان له من يشاركه الا انه ميت لم تقبل منه
على احد الوجهين لانه لو كان الحكم على الميت لذكره القاضي الحاكم
ورسمه قال فان حكم عليه فقال اكتب الى الحاكم الكاتب انك حكمت
علي حتى لا يدعي ذلك مره اخرى فقد قيل يلزمه لاحتمال ما ذكره
وقيل لا يلزمه الا اذا ادعي عليه ذلك مره اخرى لان الحاكم انما يكتب
بما حكم به او ثبت عنده من الاقرار وهذا ما حكم به وما ثبت عنده
باقراره ولا يلزمه ان يدفع اليه الكتاب الذي ثبت به الحق وكل من ثبت له
حق بكتاب فكذلك لا يلزمه تسليم الكتاب اليه

فصل

قال وان ثبت عند الحاكم حق فسال صاحب الحق ان يكتب له بما
جرى محضرا كتبه ووقع فيه اي يكتب علامته على راس المحضر ويكتب
تحت المحضر شهد عندي بذلك قال ودفعه اليه ويكتب نسخته
ويودعها في قمطره فان لم يكن للحاكم قرطاس من بيت المال كان ذلك
على صاحب الحق لانه يكتب لحقه والمحضر حجه الحق وهذا حكايه ما جرى
بين يدي الحاكم ويكون واقعا على اربعه اشيا الاقرار والشهاده
عند الانكار والاستحلاف والنكول قال وان اراد ان
يسجل له سجلا وحكى فيه المحضر واشهد على نفسه بالانفاذ وسلمه
وكتب نسخته وتركها في قمطره ففيه زياده على المحضر الحكم بالحق
والاشهاد عليه بذلك قال ابن الصباغ صوره السجل ان يكتب
بانفاذ ما ثبت عنده في المحضر فيكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا
ما اشهد عليه القاضي فلان بن فلان قاضي عبد الله الامام على كذا وذلك
في مجلس حكمه وقضايه في موضع كذا وكذا في وقت كذا انه ثبت عنده

بشهاده فلان بن فلان وفلان بن فلان وقد عرفهما بما ساغ له قبول
شهادتهما عنده في كتاب نسخته وينسخ الكتاب ان كان معه او المحضر
في اي حكم كان فاذا فرغ منه قال فحكم به وانفذه وامضاه بجملات
بسال فلان بن فلان ان يحكم له ولا يحتاج ان يذكر انه يحضر المدعا
عليه لان القضا على الغايب يجوز عندنا قال وما يجتمع من المحاضر
في كل شهر او في كل اسبوع او في كل يوم على قدر قلته وكثرته يضم بعضها
الى بعض ويكتب عليها محاضر كذا وكذا من شهر كذا من سنه كذا فاذا
لم يسجل له الحاكم جاز لان الحكم قد ثبت وكتبه المحضر والسجل لا يلزم به
شي فلم يلزمه كتبه وقيل يلزمه ذلك اذا احضر الكاغد لانه وثيقه له
فلزمه كما لو اقر خصمه بالحق فسال ان يشهد على اقراره اما
تسميه الشهود الذين حكم بشهادتهم والسجل فقد قيل ان تسميتهم اولى
وقيل بل تركه تسميتهم اولى لتثبت حقوق الادميين بكتاب القاضي
الى القاضي وفي حدود الله عز وجل قولان قال وان ادعى
رجل على رجل حقا وادعى ان له حجه في ديوان الحكم فوجدها كما ادعى
فان كان ذلك حكما حكم به هذا الحاكم لم يرجع اليه حتى يذكر لجواز
ان يكون قد زور عليه ولا يقبل في ذلك شهاده شاهدين كما لو شك
في فعل من افعال صلاته وكما لو شهد عنده شاهدان انه شهد بكذا فانه
لا يجوز له ان يشهد بذلك فلو شهد شاهدان على حكمه عند غيره عمل
بقولهما الا ان يكون قد انكر الحاكم قال وان كان حكما حكم به غيره
لم يرجع اليه حتى يشهد شاهدان ولا يعتمد على الخط لامكان التزوير
قال واذا لم يعرف الحاكم لسان الخصم رجع فيه الى من يعرف للضروره
ولا يقبل فيه الا قول من تقبل شهادته ولا تقبل الا من عدد يثبت به الحق
المدعا لان الحق يتوقف ثبوته على ذلك فاشبه الشهاده فان كانت الدعوى

في زنا ففيه قولان احدهما يقبل في الترجمه اثنان نظرا الى انه اثبات
قول والثاني لا يقبل الا اربعه نظرا الى الحق المدعى به ٥ وان حكم الحاكم
بحكم ثم وجد النص او الاجماع او القياس الجلي بخلافه نقض حكمه لقوله
عليه السلام ردوا الجهالات الى السنه وكذا لو خالف خبر الواحد الصريح
الذي لا يحتمل الا تاويلا بعيدا سواء كنص النكاح بلا ولي ونعني
بالقياس الجلي القدر المشترك بين السنه والاجماع على اختلاف انواعه
قال وان اختلف رجلان فقال احدهما حكم لي الحاكم بكذا وانكر
الاخر فقال الحاكم حكمت قبل قوله وحده اي وهو في محل ولايته لانه
قادر على انشائه فقبل منه الاقرار به هذا اذا كان الحكم بالبينه
اما اذا كان بالعلم بني على جواز القضا بعلمه

باب القسمه

تجوز قسمه الاملاك لقوله تعالى واذا حضر القسمه اولوا القربى
واليتامى والمساكين فارزقوهم الايه ٥ وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم
غنايم بدر وغنايم خيبر وغنايم بني المصطلق ولان الحاجه تدعو الى
ذلك ٥ فان كان فيها رد اي مثل ان يترك لابنيه عبدين قيمه احدهما
ستمايه وقيمه الاخر الف فلو اخذ احدهما النفيس ورد ماين استويا
قال فهو بيع لما فيه من المعاوضه فما لا يجوز في البيع لا يجوز
في هذه القسمه وتشترط لفظ البيع او التمليك حكاه في التهذيب
قال وان لم يكن فيها رد ففيه قولان احدهما انها تمييز الحقين
لانها لو كانت بيعا لما دخلها الجبر والقرعه فعلى هذا ما امكن فيه
القسمه جازت قسمته وما لا يمكن فيه القسمه كالارض مع البذر والارض
مع السنابل لا تجوز قسمته للجهاله نعم لو طلب احدهما قسمه الارض دون
البذر والزرع اجبر الاخر والثاني انها بيع لانه جزء مشترك بينهما فاذا

اخذ احدهما احد الجزين فقد ابتاع حق صاحبه منه بحقه من الجزء
الاخر فعلى هذا ما جاز بيع بعضه ببعض جازت قسمته كالاراضي
والحبوب والادهان وغيرها ولم يجز ان يتفرقا في الربويات من غير
قبض ويقسم فيما يكال بالكيل وفيما يوزن بالوزن وما لا يجوز بيع بعضه
ببعض كالعسل الذي انعقدت اجزاؤه بالنار وطل التمر لا تجوز قسمته
حذارا عن الربا والاول اصح لانه لو كان بيعا لثبتت الشفعه ولما تعين
حق واحد بالقرعه ولصار كما لو قال بعتك اي عبد خرجت
القرعه عليه وان وقف على قوم نصف ارض فارادوا ان يقاسموا
اهل الطلق فان قلنا انها بيع لم يصح وان قلنا انها تمييز الحقين فان لم
يكن فيها رد صحت فان كان الرد من اهل الوقف صحت وان كان
من اهل الطلق لم يصح قال ويجوز للشركا ان يتقاسموا بانفسهم
ويجوز ان ينصبوا من يقسم بينهم ويجوز ان يترافعوا الى الحاكم لنصب من
يقسم بينهم لان القسم يحصل بجميع ذلك ٥ وان ترافعوا اليه في قسمه
ملك من غير بينه ففيه قولان احدهما لا يقسم بينهم لانه قد يكون
الملك لغيرهم فاذا قسم الحاكم بينهم يكون متصرفا في ملك الغير ويكون
ذلك حجه لهم في الملك والثاني يقسم لان الظاهر من ايديهم الملك
الا انه يكتب انه قسم بينهم بدعواهم وقيل لا يقسم قولا واحدا
والقول الاخر حكايه مذهب الغير قال وان كان في القسمه رد
اعتبر التراضي في ابتدا القسمه وبعد الفراغ منها على ظاهر المذهب
وقيل لا يعتبر التراضي بعد خروج القرعه كما في قسمه الاجبار وليس بشي
لان هذه القسمه تتضمن دفع العوض فاشبهت البيع فافتقر الى تراضيهما
بعد خروج القرعه ليلزم المعاوضه وخالف قسمه الاجبار فانه لما لم
يعتبر فيها التراضي في الابتدا فكذلك بعد خروج القرعه ولا

كذلك هاهنا قال وان لم يكن فيها رد فان تقاسموا بانفسهم لزم
ذلك باخراج القرعه لحصول مقصودهما بفعلهما وان نصبوا من
يقسم بينهما اعتبر التراضي بعد خروج القرعه على المنصوص لان
هذه القسمه لابد في ابتدايها من التراضي فالحق الانتها فيها بالابتدا
واعلم انه لابد من لفظ فيقول في الابتدا رضيت وبعد خروج
القرعه رضيت بهذه ومنهم من قال اذا لم يشترط لفظ البيع
فليشترط ان يقول تقاسمنا على هذا الوجه او رضيت فيتلفظ بالقسمه
ليودي معنى التمليك والتملك وهل هذا التراضي بمثابه خيار العيب
حتى يكون على الفور او بمثابه خيار المجلس فيه وجهان قال وفيه
قول مخرج من التحكيم انه لا يعتبر التراضي لان القاسم مجتهد في تعديل
السهام والاقراع قال وان ترافعوا الى الحاكم لينصب من يقسم بينهم
اي في قسمه اجبار لزم ذلك باخراج القرعه لانه لما لم يعتبر التراضي
في الابتدا لم يعتبر بعد خروج القرعه ولا يجوز للحاكم ان ينصب للقسمه
الا حرا بالغا عاقلا عدلا عالما بالقسمه لانه نصب لالزام الحكم فاشبه
الحاكم قال اكثر الاصحاب وكذا المنصوب من جهه الشريكين يجب
ان يكون بهذه الصفات قال ابن الصباغ اذا قلنا لا يلزم الا برضاهما
جاز ان يكون عبدا وفاسقا وذكر في المهذب ان المنصوب من جهتهم
يجوز ان يكون عبدا او فاسقا من غير تفصيل ولكن لابد وان يكون عالما
بالقسمه ليوصل كل واحد منهما الى حقه قال في المستظهري اذا
حكما من يقسم بينهما فهو مبني على القولين في التحكيم فان قلنا يصح اعتبر
فيه الشرايط المعتبره في القسمه من جهه الحاكم فان لم يكن في القسمه
تقويم جاز قاسم واحد لانه بمثابه الحاكم وان كان فيها تقويم لم يجز
الا قاسمان لان التقويم لا يثبت الا باثنين وان كان فيها خرص ففيه قولان

احدهما يجوز قاسم واحد والثاني لا يجوز الا اثنان لنسبه الخرص الى
التقويم والصحيح انه يجوز خارص واحد لما روت عايشه رضي الله عنها
ان النبي عليه السلام كان يبعث عبد الله بن رواحه خارصا فكان
يخير اليهود فيقول ان شيتم فلكم وان شيتم فلي والفرق من حيث
المعنى انه يجتهد ويعمل باجتهاده فهو كالحاكم واما المقوم فانه يخبر
بقيمه الشي فهو بمنزله الشاهد فاحتيج الى اثنين وقيل فيه قولان
كالخارص واجره القاسم في بيت المال لانه من المصالح فان لم يكن
فعلى الشركا اي اذا كان منصوبا من جهه الحاكم اما اذا كان منصوبا
من جهه الشركا فاجرته منهم على جميعهم بكل حال وان كان
الطالب احدهم قال وتقسم بينهم على قدر املاكهم وحكى
الخراسانيون قولين احدهما هذا والثاني انها على عدد الروس كالشفعه
والاول اصح لان العمل في الكثير بالمساحه اكثر لا محاله ٥

فصل قال وان طلب القسمه احد الشريكين وامتنع
الاخر نظرت فان لم يكن على واحد منهما ضرر كالحبوب والادهان
والثياب الغليظه اي التي لا تنقص قيمتها بالقطع والاراضي
والدور اجبر الممتنع لانه يمكن تحصيل مقصود شريكه من غير اضرار
وتسمى هذه قسمه الافراز وسا ولكل متساوي الاجزا واعلم
ان الدار المختلفه الجوانب قسمتها قسمه التعديل وفي الاجبار عليها قولان
الا اذا كان في جانب بنا يماثل بنا الجانب الاخر فيكون حينيذ كالارض
وعلى هذه الصوره ينبغي ان يحمل كلام الشيخ رحمه الله قال
وان كان عليهما ضرر كالجواهر والثياب المرتفعه اي التي تنقص قيمتها
بالقطع والرحا والبير والحمام الصغير لم يجبر الممتنع لانه سفه وبما
ذا يعتبر حصول الضرر وعدم امكان القسمه فيه ثلثه اوجه ذكرناها

في الشفعه وان كان على احدهما ضرر اي دون الاخر مثل ان كانت
دار بين اثنين لاحدهما تسعه اعشارها وللاخر عشرها وكانت قيمه
عشرها ومنفعته تنقص بالقسمه وان كان الضرر على الطالب لم
يجبر الممتنع لانه متعنت وان كان على الممتنع فقد قيل لا يجبر لانه يبخس
للمنفعه على الشريك فكانه في حقه لا يقبل القسمه وقيل يجبر وهو
الاصح لانه يطلب ما فيه منفعه فوجب اجابته وان كان فيه ضرر
على غيره كما لو كان له دين على رجل لا يملك الا قدر الدين واعلم
ان هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله هو المترتب المشهور عن
العراقيين وهو انه ان كان الضرر على الطالب فهل يجبر الممتنع فيه
وجهان وان كان على الممتنع اجبر فان قلنا لا يجبر واحد منهما فلا
شفعه لواحد منهما قال وان كان بينهما دور ودكاكين او اراضي
وفي بعضها شجر وبعضها بياض فطلب احدهما ان يقسم بينهما اعيانا
بالقيمه اي يجعل العين بحالها في مقابله عين بحالها للتساوي بينهما في القيمه
وطلب الاخر قسمه كل عين اي على الانفراد وتميز كل عين لان كل واحد
منهما له حق في الجميع فجاز ان يطلب به قال ابن الصباغ اذا
كان في الارض نخل وكرم وشجر فانه يقسم بالتعديل ولا يجب قسمه كل صنف
على حده لان العراح واحد فاشبه الدار الواحده التي فيها البنا والابواب
قال وان كان بينهما عضايد صغار متلاصقه وهي البيوت من الدكاكين
يسكنها التجار فطلب احدهما قسمتها اعيانا بالقيمه وامتنع الاخر
فقد قيل يجبر لانها بمنزله بيوت في دار واحده او خان واحد وقيل لا يجبر
لان كل عضاده مسكن منفرد فاشبهت الدار المتفرقه فعلى هذا
ان كانت كل عضاده يمكن قسمتها جزئين قسمت كل عضاده والا فلا
قال وان كان بينهم عبيد او ماشيه او ثياب او اخشاب فطلب

احدهما قسمتها اعيانا اي وامكن تعديلها بالقيمه وتسمى قسمه التعديل
وامتنع الاخر فالمذهب انه يجبر الممتنع لانه لا يمكن قسمتها من غير
ضرر الا كذلك فوجب قسمتها كذلك كالدار الواحده وقيل لا يجبر
لانها اعيان متفرقه فاشبهت الدور المتفرقه قال ابن الصباغ
الخلاف في غير الرقيق فاما في الرقيق فيجبر الممتنع وجها واحدا لان
النبي عليه السلام جزا العبيد الثلثه الذين اعتقهم الرجل في مرض
موته ثلثه اجزا واقرع بينهم ولان الرقيق لما وجب تكميل الحريه فيه
دخلت قسمه الاجبار بالقيمه بخلاف غيره قال وان كان بينهما
دار فطلب احدهما ان يقسم فيجعل العلو لاحدهما والسفل للاخر وامتنع
شريكه لم يجبر الممتنع لان العلو والسفل كالدارين المتجاورين ولان
العلو تابع للعرصه في القسمه ولهذا لو كان بينهما عرصه فطلب احدهما
القسمه وجبت ولو كان بينهما علوه فطلب احدهما ان يقسمها (القسمه) لم يجب
ولا يجوز ان يجعل التابع متبوعا وان كان بين ملكيهما عرصه حايط
فطلب احدهما ان يقسمها طولا فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول
في كمال العرض وامتنع الاخر اجبر عليه لانه ملك مشترك يمكن انتفاعهما
به بعد القسمه قال وان اراد ان يقسمها عرضا فيجعل لكل واحد
منهما نصف العرض في كمال الطول وامتنع الاخر فقد قيل يجبر وقيل لا يجبر
لانه ربما خرجت القرعه لكل واحد منهما مايلي ملك الاخر ولا ينتفع به
فاشبهت القسمه التي فيها رد والصحيح هو الاول وكان في المسله قبلها
وسفرع على الاول امران احدهما ان لا يقرع بينهما بل يجعل
لكل واحد منهما مايلي ملكه والثاني لو طلب احدهما ان يقسم طولا في كمال
العرض وطلب الاخر ان يقسم عرضا في كمال الطول لم يجبر واحد
منهما بل يتركا الى ان يصطلحا قال وان كان بينهما حايط فطلب

احدهما ان يقسم عرضا في كمال الطول لم يجبر واحد منهما بل
يتركان الى ان يصطلحا لانه ان قطع الحايط فهو اتلاف عليه وان علم
عليه علامه ليضع عليه ما يريده كان عند الوضع واضعا على جميع
الحايط فيكون منتفعا بنصيب شريكه قال ــــ وان طلب احدهما
ان يقسم طولا في كمال العرض وامتنع الاخر فقد قيل لا يجبر وقيل
يجبر وهو الاصح كما يجبر في قسمه العرض فعلى هذا ان كان القطع
يضر بالحايط لم يقطع بل يجعل بينهما علامه وان كان القطع لا يضر
قطع بالمنشار وان كان بالطين واللبن كالثوب اذا قطعه لا يضر
وذكر في المستظهري الاصح انه لا يجبر ووجهه انه لابد من
اليمين فصار كما لو كان بينهما ثوب رفيع فطلب احدهما قطعها
بينهما نصفين قال ــــ وان كان بين رجلين منافع فارادا قسمتها
بينهما بالمهاياه اي يجعل العين في يد احدهما مده وفي يد الاخر
مده جاز لان المنافع كالاعيان فجازت قسمتها وان اراد احدهما
ذلك وامتنع الاخر لم يجبر الممتنع لانه حق لكل واحد منهما معجل
فلا يجبر على تاخيره بالمهاياه وقيل يجبر كما في الاعيان فلوا قسما
بالمهاياه فحصلت اكساب نادره كالهبه والوصيه فهل يكون لمن حصل
في يده فيه قولان احدهما لا فعلى هذا يكون بينهما

فصل

ومتى اراد القاسم ان يقسم عدل السهام اما بالقيمه ان كانت مختلفه
اي مثل ان كانت ارض بين رجلين نصفين طولها ثلثون عشره منها
تساوي خمسه دنانير لامكان سقيها بالسيح والعشرون الباقيه تساوي
خمسه دنانير لتعذر سقيها بالسيح فجعل العشره جزا والعشرين في مقابله
نظرا الى القيمه هذا اذا لم يمكن التسويه بين الشريكين في الجيد
والردي بان كان كل واحد منهما ممتدا من الاول الى اخرها اما اذا امكن

بان كان الجيد في مقدم الارض مثلا والردي في موخرها واذا قسمت
بينهما نصفين صار الى كل واحد منهما من الجيد والردي مثل ما صار
للاخر قسمت نصفين قال ــــ او بالاجزا ان كانت غير مختلفه
اي مثل ان كانت الارض متساويه القيمه في مسلتنا فيجعل جزا من كل
جز خمسه عشر او بالرد ان كانت القسمه تقتضي الرد اي كعبدين
قيمه احدهما ستمايه وقيمه الاخر الف مقترع بينهما فمن خرج
له النفيس رد على الاخر مايتين قال ــــ فان كانت الانصبا متساويه
اي في كل رقعه اسم رجل وجعلها في بنادق من طين متساويه او من شمع
او من طين فيجفف وتجعل في حجر رجل لم يحضر ذلك اي عند الكتابه
والبندقه ليخرج على السهام ويقال له اخرج بندقه على الجزء الاول
فاذا اخرجها كسرت فمن كان اسمه كان ذلك الجزء له ثم يقال له اخرج
بندقه على الجزء الثاني فاذا اخرجها كسرت فمن كان اسمه فيها كان ذلك
الجزء له ويتعين الجزء الثالث للشريك الثالث فلا يحتاج الى اخراج
بندقه ثالثه قال ــــ وان شا كتب السهام وخرجها على الاسما
يكتب رقعه السهم الاول في رقعه السهم الثاني وفي رقعه السهم
الثالث قال وان كانت الانصبا مختلفه مثل ان يكون لواحد السدس
وللثاني الثلث وللثالث النصف قسمها على اقل الاجزا وهي سته
اسهم وكتب اسما الملاك في ست رقاع لصاحب السدس رقعه ولصاحب
الثلث رقعتان ولصاحب النصف ثلث رقاع ويخرج على السهام فان خرج
اسم صاحب السدس اعطي السهم الاول ثم يقرع بين الاخرين وان خرج
اسم صاحب الثلث اعطي السهم الثاني والثالث بلا قرعه وانما اعطينا
السهم الذي يليه وهو الثالث بلا قرعه كيلا يستضر بالتفريق والباقي
لصاحب النصف اي بلا قرعه وان خرج اسم صاحب النصف اولا اعطي ثلثه

اسهم ثم يقرع بين الاجزا على نحو ما تقدم ولا يخرج السهام على
الاسما في هذا القسم لانه ربما خرج السهم الثاني او الخامس
لصاحب السدس فيقطع نصيب صاحب الثلث او النصف فيستضر به
وقيل يقتصر على ثلث رقاع لكل واحد رقعه لان صاحب النصف
وصاحب الثلث انما ياخذا بالقرعه جزا واحدا ثم ياخذ ما يليه الى تمام
حقه فلا فايده في كتبه ما زاد عليه والمنصوص هو الاول وهو
الصحيح لان لصاحب النصف ولصاحب الثلث مزيه بكثره الملك فكان
لهما مزيه بكثره الرقاع وفيه فايده بان يكون لهما غرض في الاخذ
من اول الارض فاذا كانت سهامهما اكثر كان اقرب الى خروج
اسمهما واذا اقتسما ملكا ولم يكن لكل واحد منهما طريق يختص به فان كان
لهما طريقين من ملكهما واختلف في سعته فقال ابو حنيفه
رحمه الله يكون سعته بقدر ما يدخل فيه الحموله ولا يضيق عنها وعندنا
يعتبر ما يدعوا اليه الحاجه في الدخول والخروج على ما جرت العاده
قال وان تقاسموا ثم ادعى بعضهم على بعض غلطا فان كان
فيما تقاسموا بانفسهم لم يقبل دعواه لانه رضي باخذ حقه ناقصا
كما لو اشترى بغبن قال امام الحرمين هذا متجه اذا جعلنا
القسمه بيعا وجرى لفظ البيع او ما يقوم مقامه فلا يمكن ابرامها
مع ظهور التفاوت قال وان كان قسمه قاسم من جهه الحاكم
فالقول قول المدعا عليه مع يمينه يحلف انه لا فضل معه او لا يستحق
عليه ما يدعيه ولا شيا منه لان الظاهر صحه القسمه واداء
الامانه وصار هذا كما نقول في حكم الحاكم وعلى المدعي البينه فان اتى
بعدلين من اهل المعرفه بالقسمه وشهدا بالغلط نقضت القسمه
كالحاكم اذا وجد النص خلاف ما حكم به قال وان نصبا من
يقسم بينهما فان قلنا يعتبر التراضي بعد خروج القرعه لم يقبل
قوله لانه رضي باخذ حقه ناقصا وان قلنا لا يعتبر فهو كقسمه الحاكم
وان كان ذلك في قسمه فيها رد وقلنا يعتبر التراضي بعد خروج
القرعه لم يقبل قوله لانه رضي باخذ حقه وان قلنا لا يعتبر فهو
كقسمه الحاكم لما سبق بيانه ولو تنازعا في بيت من دار اقتسماها
تحالفا ونقضت القسمه كما في المتبايعين فاذا وجد احدهما بما صار
اليه عيبا فله الفسخ كما قلنا في البيع قال وان تقاسموا ثم
استحق من حصه احدهم شي معين لم يستحق مثله من حصه الاخر
بطلت القسمه لان لكل احد ذلك من نصيبه ان يرجع في شي من سهم
شريكه فيعود الاشاعه ويفوت مقصود القسمه قال وان
استحق مثله من حصه الاخر اي بان يستحق قطعه من ارض في نصيب
كل واحد منهما له بقدر حصه لم يبطل القسمه لان ما بقي لكل واحد
منهما بعد الاستحقاق قدر حقه فلا يودي الى الاشاعه قال
بعض الخراسانيين يخرج على تفريق الصفقه قال وان استحق
من الجميع جزء مشاع مثل ان اقتسما الارض نصفين فخرج الثلث من الجميع
مستحقا بطلت القسمه لانه يفوت مقصود القسمه وهو تمييز الحقين
لان بان المستحق شريك وقد وقعت القسمه دون رضاهم وقيل
تبطل في المستحق وفي الباقي قولا تفريق الصفقه قال
الغزالي وهو الاصح قال وان تقاسم الورثه التركه ثم ظهر دين
يحيط بالتركه فان قلنا ان القسمه تمييز الحقين لم تبطل القسمه اذ لا
ضرر على رب الدين ان قضي دينه وان لم يقض الدين بطلت القسمه
لان حق رب الدين اولى بالرعايه وان قلنا انها بيع ففي بيع التركه قبل
قضا الدين قولان وفي المهذب وجهان احدهما لا يصح بيع المرهون

والثاني يصح لان الورثه لم يحدثوا عقدا يمنعهم من التصرف ولا مورثهم
بخلاف الراهن قال وفي قسمتها قولان احدهما تنقض والثاني
لا تنقض فعلى هذا ان نقض نقضت القسمه لما بيناه

فصل

وان كان بينهم نهر او قناة او عين ينبع فيها الما فالما بينهم على
قدر ما شرطوا من التساوي او التفاضل لان النفقه على قدر الشرط
وانما استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم قدره وقيل ان الما لا
يملك لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الما ولانه يكون بمنزلة
الدار اي المشتراه بعد العيب لعدا الشرب من ما بيرها فعلى فعلى
هذا يكون الاشتراك بينهم في نفس النهر والبير والقناة ويكونوا
اولى بالما من غيرهم ومن اراد شرا سهم فالحيله ان يشتري
السهم من نفس البير والقناة والمذهب ان الما يملك لجريان العاده
بالتصرف فيه التصرف المشروع في الاملاك من غير انكار قال
فان ارادوا سقي اراضيهم من ذلك الما بالمهاياه جاز وان ارادوا
القسمه جاز فينصب قبل ان يبلغ الما الى اراضيهم خشبه مستويه
ويفتح فيها كوى على قدر حقوقهم ويجري فيها الما الى اراضيهم
لان المقصود حاصل بكل واحد من الطريقين فان اراد واحد منهم
ان ينصب قدر حقه قبل ان يصل الى المقسم ويجريه بساقيه له الى
ارضه او يدير به رحا لم يكن له ذلك لان حريم النهر مشترك بينهم
فلا يجوز لواحد منهم ان ينفرد بالتصرف فيه قال وان
اراد ان ياخذ الما ويسقي ارضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر
لم يكن له ذلك لانه يجعل لنفسه شربا لم يكن قال وان كان
الما مباحا في نهر غير مملوك سقى الاول ارضه حتى يبلغ الى الكعب ثم يرسله
الى الثاني لما روى عباده بن الصامت ان الرسول عليه السلام قضى في

نهر من سيل ان للاعلى ان يشرب قبل الاسفل ويجعل الما فيه الى الكعب
ثم يرسله الى الاسفل الذي يليه كذلك حتى ينتهي الاراضون قال
وان احتاج الاول الى سقي ارضه دفعه اخرى قبل ان يبلغ الى الثالث
سقى ثم يرسله الى الثالث لانه لا حق للثالث الا فيما فضل عن حاجه
الاول والثاني قال وان كان لرجل ارض عاليه وتحتها ارض
مستفله ولا يبلغ الما في العاليه الى الكعب حتى يبلغ في المستفله
الى الوسط سقى المستفله حتى يبلغ الما الى الكعب ثم يسدها ويسقي العاليه
لان بهذا يحصل المقصود من غير اضرار بغيره واعلم ان هذا كله
في النهر الصغير اما النهر الكبير كالدجله والفرات فانه يجوز لكل احد
منهم ان يسقي ارضه متى شا وكيف شا لانه لا ضرر فيه على احد
قال وان اراد بعضهم ان يحيي ارضا ويسقيها من هذا النهر
الصغير الذي يسقي منه الجماعه فان كان لا يضر باهل الاراضي
لم يمنع لانه ينتفع به من غير اضرار بغيره وان كان يضر بهم اي بان
كانت الارض في اعلاه فاذا سقيت قل الما على اهل الاراضي
فيتضررون به منع لان من ملك ارضا ملكها بمرافقها والشرب من
النهر من مرافق الارض فلا يجوز مضايقتهم فيه ٥

باب الدعوى والبينات

الدعوى ماخوذه من قولهم ادعيت الشي اذا طلبته واشتهيته ومنه
قوله تعالى ولكم فيها ما تدعون اي تشتهون وتطلبون والبينات جمع
البينه وهي الموضحه وسميت الشهود بينه لانه يبين بهم الحقوق وتظهر
قال الله تعالى حتى تاتيهم البينه اي الموضحه قال لا تصح
الدعوى الا من مطلق التصرف فيما يدعيه لان المقصود من الدعوى التوصل

الى التسلط على المدعا به قال والاصح دعوى المجهول الا في الوصيه
فاما فيما سواها فلابد من اعلامها لان المقصود فصل الخصومه
والزام الحق وذلك لا يمكن في المجهول ويفارق الاقرار بالمجهول
حيث صححناه لانا لو شرطنا البيان فيه فهو قد لا يبينه لانه حق عليه
وها هنا يبينه لانه حق له وقد دعت حاجته اليه وانما صح في
الوصيه لانه قد يثبت بها الحق مجهولا فدعت الحاجه الى الدعوى
على هذا الوجه فان قيل الاقرار بالمجهول صحيح كما ان الوصيه بالمجهول
صحيحه فلم لم تصح الدعوى بها ويستثنه الشيخ كما في الوصيه
قلنا لان الصحيح انه اذا امتنع من التفسير لم يكتف به بل يفسره
المقر له بمعلوم ويطالب المقر بالجواب فكانه لا فايده في الاقرار
بالمجهول الا اذا فسر وبين فلهذا لم يستثنه الشيخ رحمه الله
وان استثناه غيره بخلاف الوصيه بالمجهول على ان القاضي حسين
رحمه الله قال دعوى الوصيه بالمجهول ايضا لا يصح لانه يمكن
معرفته بالرجوع الى الورثه اذ تفسيرهم مقبول الا ان هذا
ضعيف لانه يحتاج الى ذلك عند ابهام الورثه الموصى به قال
فان كان المدعا دينا ذكر الجنس والصفه والقدر الجنس مثل
كونها ذهبا او فضه والصفه مثل كونه قاسانيا او نيسابوريا
والقدر مثل قوله عشره دنانير او عشرين درهما ونحوه قال في
المهذب يذكر الجنس والنوع والصفه قال وان كانت عينا
يمكن تعيينها كالدار والعين الحاضره عينها وان لم يمكن تعيينها
ذكر صفتها اي المعتبره في السلم فيها وان ذكر القيمه فهو اكد
قال الخراسانيون والبصريون اذا كان المدعا عينا غايبه
يتميز بالعلامه كالعبد والفرس ففي الحكم على عينه ثلثه اقوال

احدها يجوز التعريف بالحليه كالمحكوم عليه والثاني انه كالكرباس
وساير الامتعه فيتعلق الحكم بقيمتها ويجب ذكر القيمه دون
الصفات والثالث تسمع البينه ولا يقضى بل يكتب بالسماع الى
القاضي الاخر وفايدته انه يسلم العبد الموصوف اليه ليحمله الى
بلد الشهود وليعينوه بالاشاره فعلى هذا يلزمه كفيل بالبدن
وقيل يشتريه ويضمن عنه الثمن وقيل يدفع القيمه للحيلوله ويكون
في يد عدل فاذا ثبت انه له استرده وان بطلان الشرا وحكى
البصريون قولا انه لا يحكم بذلك ولا تسمع البينه عليه قال
الماوردي والاصح عندي من هذا كله ان يحكم الحاكم بهذا الكتاب
بما تضمنه من العبد الموصوف ويخير صاحب اليد بين ثلثه اشيا بين
ان يسلمه بالصفه المشهود بها ويلتزم الحكم وبين ان يعدل بالطالب
الى دفع القيمه العبد الموصوف دون قيمه العبد الذي في يده ه
قال وان كانت تالفه ولها مثل ذكر جنسها وصفتها وقدرها
لان الواجب هو المثل فاذا لم يصفه لم تصح الدعوى وان ذكر القيمه
فهو اكد وان لم يكن لها مثل ذكر قيمتها اي من نقد ذلك البلد لانه
الواجب قال ابن الصباغ ان كان لا يمكن ضبط صفاته فلابد
من ذكر الصفات سوا كان له مثل او لم يكن كما قلنا في السلم وان لم
يمكن ضبط صفاته كالجواهر وغيرها ذكر القيمه قال في
الحاوي يلزمه في الجواهر ونحوها ان يذكر النوع والجنس وما ينضبط
بصفاتها قال وان ادعى نكاح امراه فالمذهب انه لابد ان يذكر انه
تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كان رضاها شرطا
لانه مبني على الاحتياط ويتعلق العقوبه بجنسه فاشبه دعوى القتل
واعلم انه لا يشترط انتفا المفسدات كالرده والعده على هذا

الوجه قال وقيل ان ذلك مستحب لانه دعوى ملك فلا يشترط
فيه ذكر السبب كدعوى المال وقيل ان كانت الدعوى في
ابتدا العقد وجب ذكرها لانها شروط فيه وان كان لا ستدامته
اي بان قال هي زوجتي لم يجب ذكرها لانها ليست بشرط فيه
فاذا ادعى عليها النكاح واقرت به ثبت النكاح على الجديد واذا قلنا
تسمع دعوى المراه في النكاح وحده فهو على ما ذكرناه في الرجل
فلو انكر الزوج النكاح فالنص انها لو اقامت البينه بالنكاح حلفت
له قال الخراسانيون وكذا لو عاد وصدقها وقال ابو الطيب
لا تحلف له وان اقامت البينه على النكاح قال وان ادعى بيعا و
اجاره او غيرهما من العقود اي كالصلح لم تفتقر الى ذكر الشروط
كدعوى المال المحض قال الخراسانيون لا بد من التقييد بالصحه
على الاصح لانه لفظ جامع وبه القطع باشتراطه في النكاح ايضا قال
وقيل تفتقر اي الى ذكر الشروط كالنكاح فعلى هذا يذكر اهليه
العاقد ورضاه بالثمن وقيل تفتقر في بيع الجاريه تفتقر لانه يتضمن
الوطي فاشبه النكاح وفي غيرها لا تفتقر كدعوى المال المحض
قال وان ادعى القتل ذكر القاتل وانه انفرد بقتله او شاركه
فيه غيره ويذكر انه عمد او خطا او شبه عمد ويصف كل واحد
من ذلك لان القتل لا يمكن تلافيه فوجب الاحتياط فيه وان ادعى
جراحه لها ارش مقدر ذكر الارش في الدعوى قال وان ادعى
انه وارث بين جهه الارث فان لم يبين ساله الحاكم وقيل لا ساله لانه
تلقين وليس بشي لان السوال ليس تلقين قال فان انكر المدعى
عليه ما ادعاه صح الجواب لمطابقته الدعوى وان لم يتعرض لما ادعى
عليه بل قال لا يستحق علي شيا صح الجواب لانا لو كلفناه ان يتعرض لما ادعى

عليه فربما تضرر به مثل ان ادعى عليه اقرضه اياه وكان قد اقترض
منه ولكن وفاه ولا بينه له فلو تعرض للقرض لزمه اما محذور
الكذب او محذور الغرم بخلاف ما اذا انكر الاستحقاق فانه يكون
صادقا ولا يتضرر قال وان دار دينا فالقول قول المدعى عليه
مع يمينه فان اقام المدعي بينه قضى له للحديث المشهور وان كان
المدعى عينا ولا بينه فان كان في يد احدهما فالقول قوله مع يمينه
لان ظاهر اليد يدل على الملك قال وان كان في يديهما
او لم يكن في يد واحد منهما حلفا وجعل بينهما نصفين فاذا كان في
يديهما حلف كل واحد منهما لصاحبه على النصف ضروره ان كل
واحد منهما مدعى عليه في النصف لا في الكل ويحلف كل واحد
منهما على النفي فقط على الصحيح من الطريقين وقيل بنا ذلك في البيع
قال وان كان في يد ثالث رجع اليه لان الذي في يده الدار محكوم
له بالملك ظاهرا فان ادعاه لنفسه فالقول قوله مع يمينه لاعتضاد
جانبه باليد ويحلف لكل واحد منهما يمينا قال وان اقر به
لغيره وصدقه المقر له انتقلت الخصومه اليه لانه صارت اليد له وهل
يحلف المقر الذي في يده الدار للمدعي انه لا يعلم انها ملكه فيه قولان
مبنيان على القولين في ان من اقر بشي في يده لزيد ثم اقر به لعمرو هل
يغرم لعمرو قال وان كذبه المقر له اخذه الحاكم من يده وحفظه
الى ان يجي صاحبه كالمال الضال وقيل يسلم الى المدعي اي اذا اصر المقر
على اقراره لانه ليس هاهنا من يدعيه غيره وهذا ضعيف لانه حكم
بمجرد الدعوى وقيل يسلم الى المدعي بيمينه وقيل يجبر المقر له على
اخذه لانه ثبت له الملك بالاقرار والانكار لا يسقط الحق وقيل
يقال للمقر من اقررت له فقد رده فاما ان تدعي لنفسك او تقر به لمن

بصدقك والا جعلناك ناكلا وان اقر به لغايب انتقلت الخصومه
اليه وتتوقف الى قدوم الغايب ان لم يكن بينه لان الذي في يده
لا يدعيها ولا بينه توجب التوقف وان كان للمدعي بينه قضي بها
ولا يحلف المدعي مع البينه ههنا على احد الوجهين لانه قضا على
المدعا عليه وهو حاضر وقيل لا تنقطع الخصومه بالاضافة الى
الغايب قال وان اقر به لمجهول لم يقبل لان الاقرار للمجهول
باطل ويقال له اما ان تقر به لمعروف او نجعلك ناكلا وقيل يقال له
اما ان تقر به لمعروف او تدعيه لنفسك او نجعلك ناكلا بنا
على انه لو ادعاه لنفسه في هذه الحاله وقال غلطت هل يقبل فيه
وجهان احدهما لا يقبل لانه باقراره لغيره نفى ان يكون له
والثاني يقبل لان الاقرار بطل بانكار المقر له وقيل اذا اقر به لمجهول
اخذه الحاكم اليه ويكون موقوفا الى ان يظهر محقه ولو قال هو لصبي
انقطعت الخصومه ولعين النصر الى البلوغ وكذا لو قال هو وقف على
الفقرا انقطعت الخصومه عنه

فصل

وان تداعيا حايطا فان كان مبنيا على تربيع احد الدارين اي مثل ان كان طول
الحايط عشرين ذراعا وعرصه احدهما عشره اذرع وعرصته
الاخر عشرين ذراعا قال في المهذب على تربيع احداهما مساو لها
في السمك والحد قال او متصلا باحداهما اتصالا لا يمكن احداثه اي بعد
البنا وكان محالفا للاخر في ذلك فالقول قول صاحب الدار
التي شابهها ما ذكرناه مع يمينه لان الظاهر معه وقيل هما سوا في
القدر الذي بين عرصتيهما من الحايط قال وان كان بين ملكيهما اي ولا
مرجح لاحدهما اي بان كان مطلقا اي لا يراد منه سوا السترة
تحالفا وجعل بينهما اذ لا مزية لاحدهما على الاخر قال وان كان

بين ملكيهما اي ولا مرجح لاحدهما اي بان كان مطلقا اي لا يراد منه
سوا السترة تحالفا وجعل بينهما اذ لا مزية لاحدهما على الاخر
قال وان كان لاحدهما عليه ازج فالقول قول صاحب الازج
اي مع يمينه لان الظاهر انه بني للازج وان كان لاحدهما عليه
جذوع لم يقدم صاحب الجذوع لجواز ان يكون وضعها بقضا قاض
يرى ذلك قال وان تداعيا عرصه ولاحدهما فيها بنا او شجر
فان كان قد ثبت البنا او الشجر له بالبينه فالقول قوله في العرصه
مع يمينه لان الظاهر انه وضعه في ملكه قال وان
ثبت له ذلك بالاقرار فقد قيل القول قوله لما ذكرناه لو قامت
البينه وقيل هو بينهما لانه بالاقرار ثبت له ملك البنا والشجر
فلا ينتقل ملكه الى غيره كذا علله المحاملي رحمه الله في المجموع
وذكر في المقنع ان ظاهر المذهب انها تكون لصاحب البنا
ولم يفرق بين ان يكون ثبت بالبينه او بالاقرار قال وان
كان السفل لاحدهما والعلو للاخر وتنازعا في السقف حلفا وجعل
بينهما لتصفيه انتفاعهما به في الانتفاع به قال وان تداعيا
سلما منصوبا في صاحب العلو وقضي له لانه مختص بالانتفاع بها
في الصعود قال وان تداعيا درجه فان كان تحتها مسكن
حلفا وجعل بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها وان كان تحتها موضع
حب فما اشبه ذلك فهو لصاحب اي مع يمينه وقيل هو بينهما
كالمسله قبلها والاول اصح لان المقصود بها منفعه صاحب العلو
وقيل فيه وجهان ان كان تحتها مسكن او موضع حب قال ابن
الصباغ وهو لا يشبه وان تنازعا في عرصه الدار ولصاحب العلو
ممر في بعضها دون بعض اي مثل ان تكون الدرجه في وسط

العرصة فالقول قولهما فيما تشتركان فيه من الممر فيحلفان ويجعل
بينهما نصفين لان يدهما عليها وما لا ممر فيه لصاحب العلو
وهو ما جاوز الدرجة في مثالنا فالقول فيه قول صاحب السفل مع يمينه
لانه لا استطراق لصاحب العلو فيه فكان في يد صاحب السفل
وتصرفه فرجع فيه الى قوله مع يمينه وقيل يحلفان ويجعل بينهما لان
لكل واحد منهما يدا على بعضها في الجملة قال وان تنازع
المكري والمكتري في الرفوف المنفصلة حلفا وجعلت بينهما نصفين
اذ لا ترجيح لاحدهما على الاخر اذ العادة فيه مضطربة اما
اذا كانت مسمرة فالقول قول المكري وان تداعيا جدارا او مسناة
بين ارض احدهما ونهر الاخر حلفا لعود نفعها اليهما وان
تداعيا بعيرا ولاحدهما عليه حمل فالقول قول صاحب الحمل مع يمينه
لانفراده بالانتفاع وان تداعيا دابة واحدهما راكبها و
الاخر سائقها وكذا لو كان اخذا بلجامها فالقول قول الراكب مع يمينه
لانفراده بالانتفاع وقيل هي بينهما مع يمينهما لان كل واحد منهما
لو انفرد كانت له ولو تداعيا عمامة وفي يد احدهما ذراع منها
وفي يد الاخر باقيها او تداعيا عبدا ولاحدهما عليه ثياب حلفا
وجعل بينهما وان تداعا الزوجان [illegible] واحدهما متاع البيت ويدهما
ثابتة عليه حسا ولا بينة حلفا وجعل بينهما ولا فرق بين اليد
المشاهدة وبين اليد الحكمية ولا فرق بين ما يصلح لهما وبين ما يصلح
لاحدهما وان كان في يدهما صبي لا يعقل اي مجهول الحرية
فادعى كل واحد منهما انه مملوكه حلفا وجعل بينهما لانه لا يعبر عن
نفسه فهو كالبهيمة فلو بلغ وانكر المالك لم يلتفت اليه على اصح الوجهين
ولو كانت يده عليه من صغره ولم يدع المالك حتى بلغ وادعى ملكه

وانكر لم يلتفت الى مجرد دعواه قال وان كان بالغا فالقول
قوله مع يمينه لان الظاهر الحرية قال وان كان مميزا يعقل
اي كالمراهق فهو كالصغير لانه لا حكم لقوله وقيل هو كالبالغ
فانه يقدر على التعبير عن نفسه وهذا ينبني على الخلاف في وصيته
وتدبيره قال وان قطع ملفوفا فادعى الولي انه قتله وادعى
الجاني انه كان ميتا ففيه قولان لتقابل الاصلين اصحهما ان
القول قول الجاني كما لو جرحه جراحة ثم مات في مدة يحتمل اندمال
الجرح فيها ثم اختلفا هل مات من الجرح فان القول قول الجاني
كذا ههنا فان قلنا القول قول الولي فحلف لم يجب القصاص لانه
يسقط بالشبهة ولكن تجب الدية قال ابو الطيب يحتمل قولا اخر
انه يجب القصاص **فصل** فان تداعيا عينا ولاحدهما
بينة قضي له بالحجة المشهود وان كان لكل واحد منهما بينة فان كان في
يد احدهما قضي به لصاحب اليد وقيل لا يقضى له الا ان يحلف كما
لو انفردت اليد والمنصوص هو الاول لان البينة ترجحت باليد فوجب
العمل بها قال ابن الصباغ هذا الخلاف ينبني على ان البينتين
اذا تعارضتا هل يسقطان ام لا وقيل لا تسمع البينة بالملك المطلق
من الداخل الا اذا اسندت الملك الى سبب وحكاه في الحاوي
قولا قديما قال وان كان في يديهما او في يد غيرهما او لا يد
لاحدهما عليه فقد تعارضت البينتان ففي احد القولين يسقطان وهو
الصحيح الذي نص عليه في الجديد فيكونان كالمتداعيين
بلا بينة وقد سبق حكم ذلك لانهما كالخبرين اذا تعارضا ولان
البينتين وقعتا في عين الملك فوجب اسقاطهما كما لو شهدت البينة
بالملك لاحد الرجلين وفي الاخر يستعمل البينتان قال بعض

الخراسانيين انما تستعمل البينتان اذا لم تتعارضا صريحا كما لو شهدتا
بالملك فانا نقول لعل كل واحد سمع وصيته له اما اذا كان تعارضا صريحا
بان شهدت احدى البينتين انه وقف كذا وشهدت الاخرى على
الحياة في ذلك الوقت لم يجز قول الاستعمال قال ـــــــ وفي الاستعمال
ثلثه اقوال احدها يوقف الى ان ينكشف او يصطلحا كالمراه اذا زوجها
وليان فنسي السابق ولا وجه للقسمه لانه ترك للبينتين جميعا والثاني
يقسم بينهما لان البينه حجه كاليد فاشبه ما لو تساويا في ثبوت
اليد والثالث يقرع كما في السفر باحدى المراتين وهل يحلف له
مع القرعه فيه قولان مبنيان على ان القرعه مرجحه للبينه
او سقطت البينتان ويكون الحكم بقول المدعي فيحتاج الى اليمين
واعلم ان الشيخ رحمه الله جعل العين اذا كانت في يديهما واقام
كل واحد منهما بينه كما لو كانت العين في يد غيرهما وقال ـــــــ الشيخ
ابو حامد رحمه الله تكون العين بينهما وهل يحتاج كل واحد منهما ان
يحلف على النصف الذي في يده فيه قولان لان لكل واحد منهما بينه
ويدا على النصف فهو كما لو اقام كل واحد منهما بينه والعين في يد
احدهما فانه يقضى بها لصاحب اليد وهل يحتاج الى اليمين فيه
قولان قال ـــــــ الخراسانيون اذا قلنا تسقط البينتان عند التعارض
صار كما لو لم يقيما بينه وان قلنا يستعملان فيجي قول القسمه ولا
يجي قول الوقف اذ لا معنى للتوقف مع ثبوت اليد وهل تجي القرعه
فيه وجهان وان كان بينه احدهما شاهدين وبينه الاخر شاهدا
ويمينا ففيه قولان احدهما يقضى به لصاحب الشاهدين وهو الاصح
لانها بينه مجمع عليها والثاني انهما سوا فيتعارضان وفيهما قولان
لانهما تساويا في اثبات الملك فاشبه ما لو كان بينه احدهما

شاهدين وبينه الاخر شاهدا وامراتين ٥ قال ـــــــ وان شهدت
بينه احدهما بالملك من سنه وبينه الاخر بالملك من شهر اي وشهدتا
بالملك في الحال ايضا وكانت العين في يد ثالث ففيه قولان احدهما
يتعارضان وفيهما قولان لتساويهما في اثبات الملك في الحال
ولا حكم لما انفردت به المتقدمه بدليل ما لو ادعى دارا واقام بينه
انها كانت له منذ سنه ولم تتعرض للحال فانه لا يحكم بها على الصحيح
والثاني وهو الصحيح ان التي شهدت بالملك القديم اولى لانها انفردت
باثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه الاخرى ولهذا يجب على
المشهود عليه ما تملك العين واجرتها لتلك المده فعلى هذا
لو كان مع احدهما بينه بالملك القديم ومع الاخر يد فقد قيل
صاحب اليد اولى لان اليد اولى من البينه بالملك القديم لما سبق وقيل
صاحب البينه بالملك القديم تقدم فهو الصحيح لان الترجيح
من جهة البينه اولى من جهة اليد كما ان البينه اولى من اليد ٥
قال ـــــــ وان شهدت بينه احدهما بالملك والنتاج في ملكه وبينه
الاخر بالملك وحده فقد قيل بينه النتاج اولى لانها تنفي ان يكون
الملك لغيره في زمان ما بخلاف البينه بالملك المتقدم فانها لا تنفي
ان يكون الملك لغيره فيما قبل تلك المده وقيل هي على القولين
كالمسله قبلها لانه ليس في بينه النتاج اكثر من الشهاده بالملك
المتقدم فتكون على القولين ٥ قال ـــــــ فان ادعى رجلان كل
واحد منهما انه ابتاع هذه الدار من زيد وهي ملكه واقام كل واحد
منهما بينه على ما يدعيه فان كان تاريخهما مختلفا اي بان كان تاريخ احداهما
في رمضان وتاريخ الاخرى في شوال فهي للسابق منهما لانه
ابتاعها فهي ملك له والاخر ابتاعها وقد زال ملكه ٥ وان كان

تاريخهما واحدا او لم يعلم السابق منهما اي ان كانتا مطلقتين او احداهما
مطلقه والاخرى مورخه تعارضت البينتان وفيهما قولان احدهما
يسقطان فعلى هذا يرجع الى المدعى عليه فان كذبهما حلف لكل
واحد منهما يمينا على الانفراد وقضي له وهل يرجع كل واحد منهما
بيمينه على الانفراد بما شهدت له بينته من الثمن ان كانت قد شهدت
انه وزن الثمن فيه وجهان وان صدق احدهما سلمت اليه وهل
حلف للثاني فيه قولان وان صدقهما جعلت بينهما نصفين والثاني
يستعملان اما بالقرعه او القسمه ولا يجي الوقف لان العقود
لا توقف وقال بعض الخراسانيين يجري الوقف ايضا وقيل
يرجع الى من صدقه البايع على قول الاستعمال كالراهن اذا صدق احد
المتداعيين للرهن والاقباض والاول اصح ومسله الرهن ممنوعه
على احد القولين وعلى الاخر نقول ان الاقرار صدر عن المالك فرجح به
بخلاف مسلتنا فان البينتين قد اتفقتا على ازاله الملك فان قلنا بالقسمه
يقسم بينهما ليحصل لكل واحد منهما نصف المبيع بنصف الثمن الذي
ادعى انه اشترى به ويثبت لكل واحد منهما نصف المبيع والخيار
لتفريق الصفقه عليه فان اختار احدهما الفسخ واختار الاخر
الامساك بعده اخذ الجميع بجميع الثمن لزوال المعارض وفيه وجه
وان اختار احدهما الامساك اولا ثم اختار الثاني الفسخ لم يكن للاول
ان ياخذ النصف الاخر لانه الزمه الحاكم نصف المبيع وحكم عليه فلم
ينقض وقال الخراسانيون اذا فسخ احدهما البيع في نصف
الدار فهل على البايع تسليم ذلك النصف الى المدعي الاخر فيه
وجهان من غير تفصيل قال وان ادعى احدهما انه اشتراها
من زيد وهي ملكه وادعى الاخر انه اشتراها من عمرو وهي ملكه

واقام كل واحد منهما بينه على ما يدعيه اي وكانت الدار في يد اجنبي
او في يد احد المتبايعين وقلنا بالصحيح انه لا ترجح البينه بقول
البايع تعارضت البينتان وفيهما قولان ووجه التعارض ان كل واحده
من البينتين تشهد بالملك لواحد وبيعه من واحد ولا يجوز ان تكون
الدار كلها ملك الاثنين وبيعها كل واحد منهما من واحد فان قلنا
بالقسمه فاختار احدهما الفسخ لم يكن للاخر ان ياخذ الدار بجميع
الثمن لانه يودي الى ان ياخذ من غير بايعه بخلاف المسله قبلها وان
كان في يد زيد دار فادعى كل واحد منهما انه باعها منه بالف واقام
كل واحد منهما بينه على عقده فان كان تاريخهما واحدا تعارضت البينتان
وفيهما قولان ووجه التعارض انه يستحيل ان يكون الجميع لاثنين في
وقت واحد فان قلنا يسقطان ويرجع الى من في يده فان ادعاها
لنفسه حلف لكل واحد منهما وقضي له وان اقر لاحدهما لزمه الثمن
لمن اقر له وحلف للاخر في لا واحدا لانه لو اقر له قبل لانه يقر له بمال
في ذمته وان قلنا يستعملان جا قول القرعه وقول القسمه ولا يجي
قول الوقف قال وان كان تاريخهما مختلفا لزمه الثمنان لانه
يمكن الجمع بينهما بان يكون قد اشترى من الاول ثم باعه من الثاني
ثم اشتراه منه والفرق بينه وبين ما لو ادعى اثنان الشرا حيث قلنا
السابق اولى لان ثم العين المدعاه واحده فيعلم ان احد العقدين
صحيح والاخر باطل وها هنا المدعى هو الثمن والذمه تتسع
لثمنين فالزمناه بهما قال وان كانتا مطلقتين او احداهما
مطلقه والاخرى مورخه فقد قيل يلزمه الثمنان لاحتمال ان يكونا
في وقتين وقيل يلزمه ثمن واحد وهو المتيقن وجوبه ويسقط
الثمن الاخر لانا نشك في وجوبه وهذا نقل الشيخ ابي حامد

وقال غيره قيل يلزمه ثمنان لما سبق وقيل يتعارضان لانه يحتمل ويحتمل
والاصل براءه الذمه فعلى احد القولين يسقطان ويرجع الى من في يده
والثاني يستعملان اما بالقرعه او بالقسمه ولا يجي الوقف فان قلنا
بالقسمه يلزمه نصف كل واحد من الثمنين وهذا هو المعنى من قول
الشيخ رحمه الله وقيل يلزمه ثمن واحد

فصل

قال وان ادعى رجل ملك عبد واقام عليه بينه وادعى اخر انه باعه
او وقفه او اعتقه واقام عليه بينه قضي بالبيع والوقف والعتق
لان بينته معها زياده علم لانها شهدت بامر حادث خفي فتقدم على بينه
الملك وان قال لعبده ان قتلت فانت حر فاقام العبد البينه
انه قتل واقام الوارث بينه انه مات ففيه قولان احدهما يتعارضان
ويرق العبد لان كل واحده تنفي ما تثبت الاخرى لان بينه القتل
تثبت القتل وتنفي الموت وبينه الموت تثبت الموت وتنفي القتل
فيسقطنا والثاني تقدم بينه القتل لانها تثبت الموت لان المقتول ميت
وتثبت زياده صفه وهي القتل فقدمت قال ابن الصباغ
ينبغي ان يكون هذا على القول الجديد ان البينتين اذا تعارضتا سقطتا
فاما اذا قلنا بالقديم انهما يستعملان فيجي الاقوال الثلثه ٥ قال
وان قال ان مت في رمضان فعبدي حر وان مت في شوال فجاريتي حره
فمات واقام العبد بينه بالموت في رمضان واقامت الجاريه بينه بالموت
في شوال ففيه قولان احدهما يتعارضان ويرقان لتنافيهما والثاني
تقدم بينه رمضان لجواز علمها بذلك وخفاء الامر على بينه شوال وقال
ابن سريج بينه شوال اولى لانها ربما اغمي عليه في رمضان فظن
انه مات وذكر في التهذيب هاهنا كما قال ابن الصباغ في التي قبلها
ان هذا على الجديد فاما اذا قلنا بالقديم انهما يستعملان فيجي الاقوال

الثلثه قال وان قال لاحدهما ان مت من مرضي هذا فانت حر
وقال للاخر ان برئت من مرضي هذا فانت حر ثم مات واقام كل واحد
منهما بينه على ما يوجب عتقه تعارضت البينتان اي قولا واحدا لان
كل واحده منهما تكذب الاخرى وقال بعض الخراسانيين
تقدم البينه التي شهدت بموته من مرضه ذلك قال وسقطتا ورق
العبدان وهذا ايضا على القول الجديد فاما على القديم انهما
يستعملان فيجي الاقوال الثلثه التي حكاها الخراسانيون وهي ان الاستعمال
احرى فيما اذا كانا ذا تاريخين قال وان شهد شاهدان انه اعتق
سالما وهو ثلث ماله وشهد اخران انه اعتق غانما وهو ثلث ماله
ولم يعلم الاول منهما ففيه قولان احدهما يعتق من كل واحد منهما
نصفه لتساويهما وتعذر القرعه اذ ربما خرج سهم الرق على الحر
فيصير رقيقا وبالعكس وصار هذا كما لو اوصى لكل واحد من رجلين
بثلث ماله فانه يقسم بينهما نصفين والثاني يقرع بينهما كما لو نجز عتقهما

فصل

في المرض بكلمه واحده وكل واحد منهما ثلث ماله
قال وان ادعى عينا في يد زيد واقام بينه بملك متقدم بان شهد
البينه انها ملكه امس لم يحكم له حتى يشهد انه اخذها منه زيد
اي فيجعل صاحب يد لانه يدعي ملك الدار في الحال والبينه لا تشهد
له بذلك وانما تشهد له بانها ملكه امس فصار كما لو ادعى شيا وشهدت
له البينه بغيره وقيل فيه قولان اصحهما انه لا يحكم له لما ذكرناه والثاني
يحكم بها قالوا لا بد على هذا القول ان يقول الشاهد ولا اعلم له مزيلا
وعلى هذا القول انها شهدت بالملك امس والاصل بقاوه فصار
كما لو شهدت البينه على اقراره بالملك امس وقيل انه لا يقبل في الاقرار
ايضا حتى تتعرض البينه للحال والصحيح الفرق لان المقر اسقط باقراره

بد نفسه فحصلت اليد للمدعي والاصل بقاوها قال وان
ادعي مملوكا واقام بينه انه ولدته امته في ملكه او ثمره واقام
بينه انها اثمرتها نخلته في ملكه حكم له وقيل هي كالبينه
بملك متقدم فتكون على القولين والفرق على الطريق الاول
ان الشهاده هناك باصل الملك فلم تقبل حتى تثبت الملك في الحال
والشهاده هاهنا بنما الملك وانه حدث في ملكه فلم يحتج الى ثبوت
الملك في الحال ولهذا المعنى لو شهدت البينه ان هذه السخله
نتجت في ملكه من مده ثلث سنين حكم بها وساجها من ذلك
الوقت وان ادعي ان هذا العبد كان له واعتقه وغصبه فلان
واقام عليه بينه فقد قيل نقضي بها وقيل هي كالبينه بملك متقدم
والفرق على الطريق ان البينه هاهنا شهدت على وفق دعواه
لانه لا يدعي الملك لنفسه في الحال ولا قبل ذلك ثم قال ولو
ادعي عينا في يد غيره واقام بينه انه ابتاعها من رجل لم يقض له حتى
تشهد البينه انه ابتاعها منه وسلمها من يده ليظهر انها كانت ملك
بايعها وانما لم يقض له لان الانسان قد يبيع ما لا يملكه فلا يزال
يد صاحب اليد بالاحتمال قال وان ادعي مملوكا واقام
بينه انه ولدته جاريته او ثمره واقام بينه انها اثمرتها نخلته لم يقض
له حتى تشهد انها ولدته في ملكه او اثمرتها في ملكه هذا
نصه هاهنا ونص في اللقيط خلافه وقد بيناه في اللقيط قال
وان ادعي طيرا او غزلا او اجرا واقام بينه ان الطير من بيضه والغزل
من قطنه والاجر من طينه قضي له لان هذه الاشيا عين ماله
وانما تغيرت صفتها ويفارق الثمره والولد لان الطير والغزل
والاجر لا يتصور ان يكون حاصلا قبل حصول البيض والطين والقطن

له والولد والثمره يتصور حصولهما قبل حصول الملك قال
وان مات نصراني وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا فاقام المسلم بينه
ان اباه مات مسلما واقام النصراني بينه ان اباه مات نصرانيا ولم
يورخا قدمت بينه المسلم لانها شهدت بامر خفي على البينه الاخرى
واراد الشيخ رحمه الله مات نصرانيا اي مات من كان عرف انه
نصراني قال وان شهدت بينه المسلم ان اخر كلامه عند
الموت الاسلام وشهدت بينه النصراني ان اخر كلامه عند الموت
كان النصرانيه تعارضت البينتان وفيها قولان احدهما يسقطان ويحلف
ابنه كان نصرانيا اي بعد ان يحلف النصراني انه لا يعلم انه مات مسلما
كما لو لم تكن بينه والثاني يستعملان اما بالوقف او القرعه او القسمه
وقيل لا يجي القسمه لانا نتيقن الخطا في توريثهما لانه ان مات نصرانيا
فميراثه للنصراني خاصه وان مات مسلما فميراثه للمسلم خاصه وهذا
لا يستقيم لجواز ان يموت نصرانيا قبل اسلام ابنيه فيكون ميراثا لهما
الا ان المسلم ادعي ابيه مات مسلما ليأخذ كل الميراث قال
فان كان الميت لا يعرف اصل دينه تعارضت البينتان اي سوا كانتا مطلقتين
او مورختين لانه ليس هاهنا اصل يبني عليه وفيهما قولان احدهما
يسقطان ويرجع الى من في يده التركه فان كان في يد غيرهما
فالقول قوله وان كانت في يديهما كانت بينهما وان كانت في يد احدهما
فهو احق هكذا ذكر الشيخ ابو حامد قال ابن الصباغ هذا
فيه نظر لانه معترف انه للميت الذي ادعي انه يرثه والاخر يدعي
مثل ذلك فلا ينبغي ان يكون ليده حكم بل ينبغي ان يكون هذا موقوفا
او مقسوما عليهما قال والثاني انهما يستعملان على ما ذكرناه
وقيل تقدم بينه المسلم لان الظاهر في الدار الاسلام وهذا بعيد

اذ لو كان كذلك لجعل القول قول المسلم حال عدم البينه وقد قيل به ايضا
قال ويغسل الميت ويصلى عليه في المسايل كلها ويدفن في مقابر
المسلمين وينوي الصلاه عليه ان كان مسلما تغليبا للاسلام كما قلنا فيما
اذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار فان مات رجل وخلف
ابنين فاتفقا على اسلام الاب واسلام احدهما قبل موت الاب واختلفا
في اسلام الاخر هل كان قبل موت الاب او بعد موته فالقول قول
الابن المتفق على اسلامه اي مع يمينه لانا نعلم ان اخاه اسلم قبل موت
ابيه لان الاصل بقا اخيه على الكفر نعم لو اقام كل واحد منهما
بينه قدمت بينه الابن المختلف في اسلامه لان الناقله اولى من المستصحبه
قال وان اتفقا على ان احدهما اسلم في شعبان والاخر في رمضان
واختلفا في موت الاب فقال احدهما مات قبل اسلام اخي اي في شعبان
وقال الاخر بل مات بعد اسلامنا اي في رمضان فالقول قول الثاني
مثبتا كان فيه لان الاصل حياه الاب فان اقام كل واحد بينه قال
الاصحاب تقدم بينه الاول لاشتمالها على زياده علم بالموت في الزمان
المتقدم قال امام الحرمين وهذا ضعيف لان التي تشهد في الزمان
المتاخر تشهد على موته عن حياه فيحصل التعارض وتجري الاقوال
قال وان مات رجل وخلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فقال
الابوان مات كافرا اي فنحن على ميراثه وقال الابنان مات مسلما
اي فنحن على الميراث ففيه قولان اصحهما ان القول قول الابنين
والثاني انه موقوف حتى ينكشف او يصطلحا هكذا ذكر الشيخ رحمه
الله هاهنا والمشهور في الكتب ان ابا العباس قال يحتمل قولين
احدهما ان القول قول الابوين لانهما لما كانا كافرين فالولد محكوم
بكفره والاصل بقا الكفر الى ان يتحقق خلافه وهذا اشبه بقول العلما

والثاني انه يوقف حتى ينكشف او يصطلحوا لان الولد يتبع الابوين
قبل البلوغ لا بعده فله حكم نفسه والامر فيه متردد فوجب التوقف
نعم حكي عن بعض الخراسانيين ان القول قول الابنين كما ذكره
الشيخ هاهنا لان الاسلام ينبغي ان يغلب الدار

فصل

قال وان ماتت امراه وابنها فقال الزوج ماتت اولا فورثها
الابن ثم مات الابن فورثته وقال اخوها بل مات الابن اولا فورثته
الام ثم ماتت فورثتها لم يورث ميت من ميت كالغرقى بل يجعل مال
الابن للزوج ومال المراه للزوج وللاخ فان قيل الزوج يدعي
انه يرث منها الربع فكيف نعطوه النصف قلنا لانه يدعي
انه وارث لجميع مالها ونحن نعطيه النصف وهو بعضه قال
وان ادعى رجل ان اباه مات عنه وعن اخ له غايب وله مال عند رجل
حاضر واقام البينه بذلك سلم اليه نصف المال واخذ الحاكم
نصيب الغايب ممن هو عنده وحفظه عليه وقيل ان كان دينا لم ياخذه
بل يتركه في ذمه الغريم الى ان يقدم لانه احفظ له قال
وان مات رجل فادعى رجل انه وارثه لا وارث له غيره وشهد بذلك
شاهدان من اهل الخبره بحال الموروث انه وارثه لا وارث له غيره
اي في علمنا سلم اليه الميراث لانه اقصى الممكن في هذا الباب وان لم
يقولا لا نعلم له وارثا غيره او قالا ذلك ولم يكونا من اهل الخبره فان
كان ممن له فرض اي مقدر سلم اليه الميراث دفع اليه عايلا اي
فيدفع الربع الى الزوج عايلا وهو ثلثه من خمسه عشر والى الزوجه
ربع الثمن عايلا وهو ثلثه من مايه وثمانيه اسهم والى الام السدس
عايلا وهو سهم من عشره اسهم والى الاب سهمان من خمسه عشر
سهما لانه المتيقن قال وان كان ابنا او اخا لم يدفع اليه

اما الراجح فالجواب ان يكون ثم من يسقطه كالابن واما الراجب فالجواب
ان يكون ثم من يزاحمه فلا يعرف قدر ما يصرف اليه قال
ثم يسال الحاكم عن حاله في البلاد التي سافر فيها اي على حد يغلب
على ظنه انه لو كان له وارث اخر لظهر فاذا لم يظهر له وارث فان
كان ممن له فرض اكمل فرضه وقيل لا يكمل حتى يشهد شاهدان انه لا
وارث يحجبه لانه اخذ شيئا في الجملة فلا يضره وقف الباقي بخلاف الاخ
على احد الوجهين قال وان كان ابنا سلم اليه المال لان الظاهر
انه ليس ثم غيره وان كان اخا فقد قيل لا يسلم اليه المال للشك في
اصل ارثه وقيل يسلم اليه وهو الاصح نظرا الى الظاهر كما في الابن
قال ويستحب ان يوجد منه كفيل لاحتمال ظهور وارث غيره
وقيل يجب وقيل ان كان ثقة استحب وان كان غير ثقة وجب احتياطا
والاول اصح لانه لا يطالب بكفيل وقيل ان كان ممن لا
يحجب استحب وان كان ممن يحجب كالاخ وجب وان قلنا يجب فالفرق
بينه وبين ما لو شهدت البينة انه لا وارث له سواه حيث قلنا يعطى
ثم بغير ضمين ان المطالبة ثم بالضمين تؤدي الى نقض البينة ولا بينة
هاهنا فافترقا قال ومن وجب له حق على رجل وهو مقر
لم ياخذ من ماله شيئا بغير اذنه اي اذا كان غير ممتنع ولا مماطل لان
له الخيار فيما يقضي به الدين فلا يجوز ابطاله عليه فان اخذ عينا لزمه
ردها ولا يقول يقع قصاصا كما في الدين على قول لان الاعيان يتعلق
اغراض خاصة بها بخلاف الديون وان كان منكرا وله بينة فقد قيل
يأخذ لان هندا قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وانه لا
يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذ سرا فقال عليه السلام خذي ما
يكفيك وولدك بالمعروف فاذن لها في الاخذ مع القدرة على الاخذ
بالحاكم وقيل لا ياخذ لانه يقدر على الاخذ بالحاكم فلم يجز ان ياخذ
بنفسه وان كان منكرا ولا بينة له فله ان ياخذ للضرورة قال
القفال اذا لم يكن له بينة لم ياخذ بل يقتصر على التحليف وحيث قلنا ياخذ
ياخذ جنس حقه وان لم يظفر الا بغير جنس حقه ففيه قولان وقيل
له اخذه وان ظفر بجنس حقه وهو بعيد قال وان كان من غير
جنس حقه باعه بنفسه اي من غير حاكم فاذا باعه فان كان قدر
حقه اخذ حقه وان كان اكثر من حقه اخذ قدر حقه ويرد الباقي
عليه بان يقول وهبته منك كي لا يعلم حفظ الباقي لصاحبه وقيل
يواطئ من يقر له عند الحاكم بحق وانه ممتنع ليبيع الحاكم عليه والاول
اصح لانه قد يتعذر عليه الاثبات عند الحاكم قال بعض
الخراسانيين يتملك من العين قدر حقه ولا معنى للبيع قال فان
تلفت العين في يده تلفت من ضمانه لانه اخذ العين بغير اذن مالكها فكانت
من ضمانه وقيل تتلف من ضمان الغريم لانها محبوسة لحقه فاشبهت المرهون

باب اليمين في الدعاوي

اذا ادعى رجل على رجل حقا فانكره ولم يكن للمدعي بينة فان كان ذلك
في غير الدم حلف المدعى عليه على ما تقدم بيانه فان نكل عن اليمين
فان كان الحق لغير معين كالمسلمين والفقراء حبس المدعى عليه حتى يحلف
او يدفع الحق وقيل يقضى عليه بالنكول للضرورة والمذهب الاول
لانه لا يمكن القضاء بالنكول لما عرف فيما مضى ولا يمكن رد اليمين
لان المستحق غير معين ولا يمكن تركه لما فيه من تضييع الحق وامكن
فصل الخصومة بما ذكرناه من الطريق فوجب المصير اليه ومثال
الاول ان يموت من لا وارث له فيشهد شاهد واحد ان له على فلان

لذا فيمتنع المدعا عليه من اليمين فلا يمكن رد اليمين هاهنا لان الحق
للمسلمين وهم غير معينين ومثاله الثاني ما لو اوصي الى رجل
فيدعي الوصي على الورثه ان اباهم اوصي للفقرا بشي من ماله فانكر الورثه
ونكلوا عن اليمين فلا يمكن رد اليمين هاهنا لان المستحق هم الفقرا
وهم غير معينين قال ولو كان لمعين ردت اليمين عليه لما عرف
فيما تقدم وان كانت الدعوي في دم فان كان هناك لوث حلف المدعي
خمسين يمينا وقضي له بالديه لانه قضي بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولان باللوث قويت جنبه المدعي فصار كما لو شهد له عدل واحد وكيفيته
ان يحلف بالله ان فلان بن فلان الفلاني وسيما له قتل فلان بن فلان
الفلاني منفردا بقتله ما شاركه فيه غيره ومنهم من قال نفي
المشاركه تاكيد ومنهم من قال هو شرط وذكر في الحاوي ان الدعوى
اذا كانت في نفس ناقصه الديه كالمراه والذمي ففيه وجهان اصحهما انه
يحلف المدعي خمسين يمينا قلت الديه ام كثرت حتى ديه الجنين
والثاني ان الايمان تقسط على كمال الديه فيغلظ في قتل المراه خمس وعشرين
يمينا وفي الذمي سبعه عشر يمينا قال وان كان في قتل عمد
ففي القود قولان اصحهما انه لا يجب لان النبي عليه السلام لم يذكر
القصاص ولانها حجه لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القصاص فعلى هذا
تجب الديه المغلظه في مال الجاني في الجديد وقال في القديم
تجب القصاص لقوله عليه السلام يحلفون وتستحقون دم صاحبكم
اي دم قاتل صاحبكم ولانها حجه يثبت بها القتل العمد فاشبهت الشاهدين
فعلى هذا لو كانوا جماعه قتلوا وقيل يختار الولي واحدا فيقتله وياخذ
من الباقين الديه وليس بشي قال وان كان المدعي جماعه
ففيه قولان احدهما يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا والثاني تقسط

عليهم الخمسون على قدر مواريثهم ويجبر الكسر واصل هذه
المسله ان الديه تجب للوارث ابتدا ام للمقتول فان قلنا تجب للوارث ابتدا
حلف كل واحد خمسين يمينا لان الحق لا يثبت بيمين غيره والشرع
الاستحقاق يجيء من الايمان فلابد من تحققه وان قلنا تجب للمقتول
ابتدا قسطت الايمان لان المستحق واحد والورثه خلف عنه فاذا
حلفوا خمسين يمينا صار كان المستحق قد حلف وانما قلنا يجبر
الكسر لان اليمين الواحده لا تتبعض فجبرت قال فان نكل
عن اليمين ردت على المدعا عليه فيحلف خمسين يمينا كذلك فعل
الرسول عليه السلام قال فان كانوا جماعه اي المدعا عليه ففيه
قولان احدهما يحلف كل واحد خمسين يمينا والثاني تقسط عليهم الخمسون
على عدد رووسهم لان النبي عليه السلام لم يذكر في حق يهود خيبر
الا خمسين يمينا والصحيح هو القول الاول لان يمين كل واحد منهم لاثبات
براه ذمته ولا يثبت براه ذمته بيمين غيره وفي جانب المدعي انما قسط
لانهم مثبتون الحق للمقتول كما سبق قال وان لم يكن
لوث حلف المدعا عليه يمينا واحدا في احد القولين كما في ساير الدعاوي
والثاني خمسين يمينا وهو الصحيح لحرمه الدم به فانه الموجب للتغليظ
دون اللوث قال فان نكل المدعا عليه ردت اليمين على
الوارث فيحلف خمسين يمينا ووجب القصاص اذا كانت الدعوي في قتل
عمد قولا واحدا لان ذلك بمنزله البينه او الاقرار وكل واحد منهما
يثبت به القصاص وان كان في قتل الخطا تجب الديه في مال المدعا عليه
وقيل ان قلنا ان اليمين المردوده كالبينه تحملها العاقله قال
وان كانت الدعوى على اثنين وعلى احدهما لوث دون الاخر حلف المدعي
على صاحب اللوث لتحقق اللوث بالنسبه اليه وحلف الذي لا لوث عليه

لانتفا اللوث بالنسبه اليه قال والوث هو ان يوجد القتيل
في محله اعدايه لا يخالطهم غيرهم او تزدحم جماعه محصورون فيوجد
بينهم قتيل او تتفرق جماعه عن قتيل اي طري في دار سوا كان
بينهم عداوه او لم يكن او يرى القتيل في موضع لا عين فيه اي كسبع
او رجل اخر ولا اثر اي كسر شيش على غير الطريق او وقد انسان قال
وهناك رجل مخضب بالدم او شهد عدل انه قتله فلان او تشهد جماعه
من النسا او العبيد بذلك اعلم انه يشترط في شهاده النسا والعبيد
ان لا ياتوا مجتمعين ويسمع بعضهم كلام بعض بل متفرقين قبل مضي
زمان يمكن اجتماعهم فيه بعد القتل قال ابن الصباغ في التقدير
بالزمان نظر لان احتمال التواطو لا يمنع الظن واعلم ان اللوث عباره
عن قرينه تغلب على الظن صدق المدعي وما ذكره الشيخ رحمه الله مثله
وان كان لفظه يوهم حقيقه اللوثيه واصل اللوث الضعف
يقال رجل الوث اذا كان ضعيف العقل فكانهم ارادوا به الحجه الضعيفه
ولا يشترط عندنا في اللوث ان يكون به اثر او جرح او غيره ولا يكون
قوله جرحني فلان لوثا وانما اعتبرنا اللوث لان قتيل الانصار وجد
في خيبر واهلها اعدا الانصار فجعل ذلك اصلا لكل ما يغلب على الظن
صدق المدعي فان قيل اذا شهد عدل فيحلف يمينا واحده قلنا
ليس كذلك الا اذا كان قتلا لا يوجب القصاص وقلنا انه اذا لم يكن لوث
لا تتعدد اليمين قال وان شهد شاهد انه قتله فلان بسيف
وشهد اخر انه قتله بالعصا فقد قيل هو لوث لاتفاقهما على اصل القتل
وقيل ليس بلوث وهو الصحيح لان كل واحد منهما يكذب الاخر فلا يحصل
غلبه الظن وقيل فيهما قولان وتوجيههما ما ذكرناه واصل هذا
الخلاف ان تكذيب احد الورثه للشاهد هل يبطل اللوث قال وان

شهد شاهد انه قتله فلان وشهد اخر انه اقر بالقتل ثبت اللوث لان كل
شاهد يقوي قول المدعي فيحلف من شا منهما نعم لا يثبت القتل بشهادتهما
لعدم اتفاقهما على شي واحد ولو شهد احدهما بالقتل عمدا وشهد
الاخر بالقتل فقط ثبت اصل القتل دون صفته ه قال فان شهد
اثنان انه قتله احد هذين الرجلين ولم يعينا ثبت اللوث على احدهما
كما لو وجد قتيل بينهما ولو شهد شاهد على رجل انه قتل احد هذين الرجلين
لم يثبت اللوث لانه لا يحصل بذلك غلبه الظن بصدق واحد من الاوليا
على المعين بجهلنا بمن له الشاهد منهما وكذا الحكم لو كانا شاهدين اللهم الا
ان يكون وليهما واحدا فيتجه اثبات اللوث وقال بعض
الخراسانيين باسقاط اللوث في المسلتين قال وان ادعى احد الوارثين
القتل على واحد في موضع اللوث وكذبه الاخر سقط اللوث في احد القولين
لمعارضه التكذيب فانه لا يبقى معه غلبه الظن بصدق المدعي ولم
يسقط في الاخر بل يحلف خمسين يمينا ويستحق حصته اذ تكذيب صاحبه
لا يعارضه بدليل انه لو اقام شاهدا من الميت واراد ان يحلف كذبه
صاحبه ولو قال المدعا عليه كنت غايبا عند القتل حلف وسقط
اللوث بل لو اقام البينه بذلك بعد الحكم بالقسامه نقض الحكم لضعف القسامه
قال وان ادعى القتل على رجل مع اللوث فاقر اخر انه قتله لم يسقط
حق الولي من القسامه باقرار غيره نعم لو رجع الولي وطالب المقر بالديه فله
ذلك على احد الوجهين لانه عدل عن الظن الى اليقين قال وان
كانت الدعوى في طرف فاليمين على المدعا عليه لان يمين المدعي حجه تثبت
لحرمه النفس فلا يتعدى الى الطرف كالكفاره قال وفي
التغليظ بالعدد قولان احدهما انها كاللوث والثاني انها تشبهه بالنفس
في وجوب القصاص وتغليظ ارشه فعلى هذا ان كان في جنايه توجب

ديه كامله لقطع اليدين غلظ بخمسين يمينا وان كان في جنايه توجب
دون الديه لقطع اليد ففيه قولان احدهما تغلظ بخمسين يمينا والثاني
بالقسط فتغلظ قطع اليد بخمس وعشرين يمينا وان كان في جنايه توجب
اكثر من الديه كقطع اليدين والرجلين فهل يراد بالتغليظ بالقسط
فيه وجهان وان كانت الدعوي في قتل عمد وهناك لوث ففيه طريقان
احدهما انه مبني على ان العاقله هل تحمل قيمته بالجنايه والثاني
تقسم السيد قولا واحدا قال ابن الصباغ هذا في دعوي
جنايه قتل العمد المحض فاما في دعوي الخطا المحض فاليمين واحده قولا
واحدا **فصل** ومن لزمه يمين في غير المال او في مال
قدره النصاب غلظ عليه اليمين بالزمان والمكان واللفظ لان عبد الرحمن
ابن عوف رضي الله عنه مر بقوم يحلفون بالبيت والمقام على دم فقال
قال افعلى عظيم من المال فقيل لا فقال لقد خشيت ان يبها الناس
بهذا المقام ان يستهين الناس به وقيل تغلظ في قليل المال وكثيره
وحدنا العظيم على نصاب الزكاه وهو عشرون مثقالا لانه القدر الذي
تحتمل المواساه قال فاما الزمان والمكان فقد بيناهما في اللعان
واما اللفظ فهو ان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهاده
الرحمن الرحيم عالم خائنه الاعين وما تخفي الصدور ونص عليه في
القسامه ونص هاهنا انه يقول الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانيه
وبالجمله فالمقصود من التغليظ الردع وهو يحصل بهذه الالفاظ قوله
عالم الغيب اي غيب ما كان وما يكون والشهاده يعني شهاده الحق
وكل شي الرحمن الرحيم اسمان رقيقان احدهما ارق من الاخر والرحمن
العطوف والرحيم المترحم قال فان كان يهوديا حلف بالله الذي
انزل التوراه على موسى بن عمران ونجاه من الغرق وان كان نصرانيا حلف

بالله الذي انزل الانجيل على عيسى وبعثه نبيا قال وان
كان مجوسيا او وثنيا حلف بالله الذي خلقه وصوره لان المقصود الردع
وذلك يحصل بالتحليف بما يعظمونه وهم يعظمون ما ذكرنا فحلفوا
به وقيل يحلف المجوسي بالله الذي خلق النار والنور قال وان
اقتصر على الاسم وحده جاز لان به تنعقد اليمين بدليل قصه ركانه قال
الشافعي رضي الله عنه ينبغي ان يقول الحاكم في القسامه اتقوا الله ولا
تحلفوا الا بعد الاستثبات ويستوقفهم ويعظهم ويحذرهم ويقرا عليهم
ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا اولئك لا خلاق لهم في
الاخره ويعرفهم ما في اليمين قال بعض اصحابنا يقول له الحاكم
هذا في الفروج والدما دون الاموال وقال اكثرهم يقول ذلك
في جميع الايمان فصل قال ومن حلف على فعل نفسه نفيا كان او اثباتا حلف
على القطع لانه يحيط بعلمه وان حلف على فعل غيره فان كان على اثبات
حلف على القطع لما بيناه وان كان على نفي حلف على نفي العلم اي فيقول
والله ما علمت انه فعل كذا لانه لا طريق له الى القطع في نفي فعل
الغير فلم يحلف الحلف عليه كما لا يحلف الشاهد فيما لا طريق له الى
معرفته بالقطع القطع بخلاف الاثبات قال ومن توجه
عليه اليمين لجماعه حلف لكل واحد منهم يمينا فان اكتفوا منه بيمين واحده
فقد قيل يجوز كما يجوز ان يثبت ببينه واحده حقوق جماعه وقيل لا يجوز
وهو الاصح لان اليمين حجه في حق كل واحد منهم فاذا رضوا بيمين
واحده صارت الحجه ناقصه في حق كل واحد منهم والحجه الناقصه لا
تكمل برضا الخصم كما لو رضي الخصمان ان يحكم عليه بشهاده واحد ولان المقصود
من اليمين الزجر وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجز
وان رضوا به كما لو رضيت المراه ان يقتصر الزوج في اللعان على شهاده

واحدة قال ومن ادعي عليه غصب او بيع فاجاب انه لا حق عليه لم يحلف الا علي ما اجاب اي ولا يحلف المغرض للغصب والبيع لانه قد يتعلق له به غرض صحيح كما بيناه في باب الدعاوي ٥ قال وان اجاب بنفي ما ادعي عليه من الغصب والبيع حلف علي ما اجاب لانه لما اجاب بنفي ما ادعي عليه دل علي انه يمكنه ان يحلف عليه فيحلف عليه وقيل يحلف انه لا حق عليه اي ولا يكلف ان يحلف علي نفي الغصب والبيع كالمسله قبلها ٥ قال ومن حلف علي شي ثم قامت البينة علي كذبه قضي بالبينة وسقطت اليمين لان البينة حجة لا تهمة فيها فقدمت ٥

كتاب الشهادات

الشهادة ماخوذة من الشهود وهو الحضور وسمي الشاهد شاهدا لانه مشاهد لما غاب عنه غيره وقيل انها ماخوذة من الاعلان والاعلام ومنه قوله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو اي علم وبين ٥

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

تحمل الشهادة واداوها فرض علي الكفاية حفظا للحقوق فان كان في موضع ليس فيه غيره تعين عليه لتوقف المقصود عليه ولا يجوز لمن تعين عليه ان ياخذ عليه اجرة ويجوز لمن لم يتعين عليه ان ياخذ عليه اجرة كما ذكرنا في الحاكم وقيل لا يجوز للتهمة قال ولا تقبل الشهادة الا من حر بالغ عاقل متيقظ حسن الديانة ظاهر المروة لانه اذا استجمع هذه الامور كان عدلا اي مقتصدا لا يفسق بامستقيما في دينه ومروته واحكامه فكان مقبولا بقوله تعالي واشهدوا ذوي عدل ٥ قال ولا تقبل الشهادة من عبد لانه ناقص والحر كامل فلا يساوي الناقص الكامل

فيما بني علي التفاضل قال ولا صبي ولا معتوه لانه اذا كان لا يومن علي حفظ ماله فعلي مال غيره اولي قال ولا مغفل اي الذي يكثر منه الغلط والنسيان لعدم الامن من وقوعه فيه ولا من صاحب كبيرة والكبائر كالشرك والقتل بغير حق والزنا واللواط والغصب والسرقة وشرب الخمر والقذف لان الله تعالي نص علي عدم قبول شهادة مع ان فسقه ادني فدل علي عدم القبول في غيره بطريق الاولي قال في التهذيب كل ما يوجب الحد من المعاصي كبيرة وقيل كل ما الحق الوعيد بصاحبه بنص كتاب الله تعالي وسنة رسوله عليه السلام فهو كبيرة قال ولا من هو مصر علي صغيرة اي اذا كان ذلك غالبا من افعاله لان من كان لا يستكثر من الصغائر استحق ان يلحق ببعض الكبائر فالحق بمن اتي بالكبيرة وانما اعتبرنا الغلبة لان الانسان لا ينفك عن الاتيان بالصغائر لقوله عليه السلام لا يخلو المومن من الذنب يصيبه الفينة بعد الفينة اي الوقت بعد الوقت فلو منع ذلك قبول الشهادة ادي الي رد شهادة جملة الناس والصغيرة كلبس الحرير والجلوس عليه واللعب بالنرد وكذا سماع الاوتار علي الصحيح وقيل هو من الكبائر قال ولا يقبل ممن لا مروة له كالكناس والنخال والقمام هو الذي يجمع ما يلقي في الطرق من قمامات البيوت كالقشور والزبايل ٥ قال والقيم في الحمام والذي يلعب بالحمام والقوال والرقاص والمشعبذ ومن ياكل في الاسواق ويمد رجله عند الناس ويلعب بالشطرنج علي الطريق اي اذا تكررت هذه الافعال منه واما اصحاب المكاسب الدنية كالحارس والحايك والحجام فقد قيل تقبل شهادتهم اذا حسنت طريقتهم في الدين وقيل لا تقبل والاول اصح اعلم ان الشيخ رحمه الله جعل الكناس والنخال والقمام والقيم في الحمام ممن لا مروة له واخرجهم من اهل الحرف

الدنيه وليس المنقول كذلك فيما رايناه بل هم كلهم من اهل الحرف الدنيه
اذا ثبت هذا فمن لا مروه له اما لم تقبل شهادته لان من ارتكب ما لا يليق بحاله
اي ما يسخر به منه دل ذلك على خبل في عقله او انحلال في نفسه فلا يحصل
الثقه بقوله فلا تقبل شهادته واما اصحاب المكاسب الدنيه فقد قيل
لا تقبل شهادتهم لان اختيارهم هذه الحرف تدل على خستهم وقله مروتهم
وقيل تقبل وهو الصحيح لان هذه الصناعات مباحه وبالناس اليها
حاجه فصارت كغيرها من الصنايع وقال بعض الخراسانيين
تقبل اذا كان ذلك صنعه ابايه ولا تنافي حاله قال وتقبل شهاده من اخرس
اي اذا كانت له اشاره مفهمه وقيل لا تقبل احتياطا وعلى هذا يعتبر فيها
لفظ الشهاده دون ما يدل عليه والاول اصح لان اشارته كعباره الناطق
بدليل صحه نكاحه ووقوع طلاقه قال وتقبل شهاده من اعمى
فيما تحمل به قبل العمى اي مما اذا كانت الشهاده واقعه على من يعرفه
بالاسم والنسب لانه كالبصير في ذلك ولا تقبل فيما تحمل بعد العمى الا في
موضعين احدهما ان يقول له في اذنه شيا فيتعلق به اي يترك يده
على راسه ويحمله الى القاضي او يترك يده في يده ولا يفارقه حتى يحمله
الى الحاكم فيشهد بما قال في اذنه لحصول العلم وقيل لا تقبل وهو
بعيد والثاني فيما يشهد به بالاستفاضه اي كالموت والنسب والملك
المطلق لانه كالبصير في ذلك قال المحاملي لا نص للشافعي في هذه
المسله وفيها نظر لان المخبرين لا بد وان يكونوا عدولا ومن اعمى لا
يشاهدهم فلا يعرف عدالتهم قال الاصحاب ويجوز ايضا ان يكون شاهدا
في الترجمه **فصل** ولا تقبل شهاده الوالد لولده وان
سفل ولا شهاده الولد لوالده وان علا روت ذلك عايشه رضي الله عنها
عن النبي عليه السلام ولانه متهم وقيل لنا قول انه تقبل شهاده بعضهم

لبعض وبه قال المزني وابو ثور رحمهما الله قال ومن شهد
على ابيه انه طلق ضره امه او قذفها ففيه قولان احدهما تقبل شهادته
كغيره وهو الصحيح الجديد والثاني وهو القديم انه لا تقبل لانه متهم
اذ يجر الى امه نفعا ولو شهد على ابيه بحد قذف او قصاص لم يقبل في
اضعف القولين قال ولا تقبل شهاده الجار الى نفسه نفعا
كشهاده الوارث للموروث بالجراحه قبل الاندمال وشهاده الغرما
للمفلس بالمال اي بعد الحجر اما قبل الحجر ففيه وجهان قال
وشهاده الوصي لليتيم والوكيل للموكل اي فيما فوض النظر اليه لما
روى عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال لا تقبل شهاده خصم
ولا ظنين ولا ذي احنه والظنين هو المتهم وذو الاحنه العدو
قال وان شهد الوارث للموروث في المرض اي بمال
ثم برى لم تقبل شهادته كما في الجراحه وقيل تقبل اي وان كان بعد
مريضا لان الحق لا يثبت للمريض ثم ينتقل اليه بعد الموت وفي مسله
الجراحه اذا وجبت الديه تجب للوارث لانها تجب بالموت فافترقا قال
ولا تقبل شهاده الدافع عن نفسه ضررا كشهاده العاقله والاقربين
منهم على شهود القتل بالفسق اعلم ان هذا مشروط بالقتل
الموجب لتحمل العاقله الديه وكان من موسري العاقله والاقربين منهم
فاما لو كان من فقرايهم او من الاباعد الذين لا يصل التحمل اليهم الا بموت
من قبلهم فثلثه اقوال الثالث انها لا تقبل من الفقير وتقبل من البعيد
قال ولا شهاده العدو على عدوه للخبر والعداوه ان يعلم من كل
واحد منهما انه يسر بمساه صاحبه ويغتم بمسرته ويبغي الشر له
ويفارق الشهاده للصديق فانه يحب لصديقه ما يحب لنفسه ولا يحب
لنفسه المال الحرام ويشترط ان تكون العداوه بينهما لامر دنيوي

كما لو قذفه رجل او قطع عليه الطريق فيشهد عليه اما اذا كانت
العداوه بينهما لامر ديني كعداوه المسلم للكافر واهل الحق لاهل الباطل
فلا يمنع الشهاده قال الشافعي رضي الله عنه لا ترد شهاده
احد من اهل الاهوا الا الخطابيه لانه يشهد بعضهم لبعض بتصديقه
فمن اصحابنا من قال بهذا وقال ابو حامد من اهل الاهوا من
يفسقه كالخوارج والروافض فلا تقبل شهادته ومنهم من يحكم
بكفره كمن يقول بخلق القران ونفي الرويه واضافه المشيه
الي نفسه وهذا خلاف نص الشافعي قال ولا تقبل شهاده
الزوج علي زوجته بالزنا لانه خصم لها لانه يدعي عليها خيانه في حقه
ولا تستشهد على محل حقه فاشبه ما لو شهد علي رجل انه قذف عبده
قال ويقبل شهاده الصديق لصديقه وشهاده الزوج لزوجته
لانه لا تعلق له بالملك فاشبه ابن العم ولنا قول ان اخر ان احدهما
لا تقبل شهاده الزوج والثاني لا تقبل شهاده واحد منهم للاخر
قال ولا تقبل شهاده الانسان على فعل نفسه كالمرضعه علي
الرضاع والقاسم علي القسمه بعد الفراغ والحاكم على الحكم بعد
العزل واعلم ان شهاده المرضعه على الرضاع مقبوله وينبغي ان
يأول كلام الشيخ على ما اذا ادعت الاجره فانها حينئذ تكون جاره
الي نفسها نفعا واما شهاده القاسم الذي هو بغير اجره
على القسمه بعد الفراغ والحاكم على الحكم بعد العزل ففيه وجهان
احدهما تقبل كشهاده المرضعه على الرضاع والثاني وهو المذهب
انها لا تقبل لان ذلك يتضمن اثبات العداله لنفسه لان ذلك لا يصح
الا من عدل وبهذا فارق الرضاع فعلى هذا لو لم يخبر عن نفسه
بل قال اشهد ان حاكما جائز الحكم حكم بهذا قبلت شهادته على وجه

اما لو قال اشهد ان فلانا اقر لفلان بكذا في مجلس الحكم قبلت شهادته
وجها واحدا قال ومن جمع في الشهاده بين ما يقبل وبين ما
لا يقبل اي مثل ان يشهد انه اقرض من ابيه واجنبي فقولان
احدهما ترد في الجميع كما لو شهد انه قذفه واجنبيا والثاني
يقبل في احدهما دون الاخر لانتفا المعنى الموجب لرد الشهاده
بالنسبه الي احدهما دون الثاني بخلاف مسله الشهاده بالقذف لان
شهادته تتضمن الاخبار عن عداوه بينه وبين المشهود عليه
ولم كذلك هاهنا قال واذا اعتق عبدين ثم شهدا على
المعتق انه غصبهما لم تقبل شهادتهما لان قبولها يفضي الي عدم
قبولها قال ومن ردت شهادته بمعصيه غير الكفر او لنقصان
مروه لم تقبل شهادته حتى يستمر على التوبه سنه اعلم ان
التوبه اراد بها الشيخ هاهنا التوبه في الباطن وهي التي بين العبد
وربه تعالى فان كانت المعصيه لا تتعلق بحق ادمي ولا حد كالاستمتاع
بالاجنبيه فيما دون الفرج فالتوبه منها ان يقلع عنها ويندم على
ما فعل ويعزم على ان لا يعود الى مثلها فان تعلق بها حق ادمي
فتاب يضم الى ذلك ان يبري من حق الادمي فان عجز عن ذلك نوى
فعله عند القدره وان تعلق بها حد الله فالاولى ان يستر على نفسه
فاذا تحققنا التوبه الباطنه نظرت فان كانت المعصيه فعلا كالقتل
والزنا اعتبر لقبول الشهاده اصلاح العمل لقوله تعالى الا الذين
تابوا من بعد ذلك واصلحوا وقدر اصحابنا مده اصلاح العمل بسنه
ليستمر فيها الفصول الاربعه ويتغير الاحوال فيظهر فيها اصلاح
سريرته ومن اصحابنا من قدر بستة اشهر واختار الغزالي
القدر بمده تظهر فيها القراين بقرائن اصلاح سريرته وان

كالزكاه والديه والكفاره
والزنا والسرقه متعلق بحق الله والقذف والشتم

كانت المعصية كالكفر فالتوبة منها ان ياتي بالشهادتين لانه لما حكم
بفسقه بالقول كانت توبته منه بالقول وان كان قذفا فقد قيل
التوبة منه بالقول طردا للقاعدة واختلف في ذلك فقال ابو
اسحق هو ان يقول كذبت فيما قلت ولا اعود الى مثله لقوله عليه السلام
توبة القاذف اكذابه نفسه وقال ابو علي ابن ابي هريرة هو ان
يقول قذفي له كان باطلا ولا اني كنت كاذبا لجواز ان يكون صادقا
في القذف فيكون هذا القول كذبا معصية به فيحتاج الى اصلاح
العمل وقيل لا بد من الاصلاح قال الغزالي الصواب ان يقال ان
علم ان ذلك حرام فهو فاسق فليتبرا منه وان ظن ان هذا الصدق مباح
فلا حاجة الى الاستبرا وفي اشتراط الاستبرا في التوبة من شهادة
الزور وجهان احدهما تشترط وهو الذي اختاره العراقيون ٥
قال واذا شهد الكافر او الصبي او العبد في حق فردت
شهادتهم ثم اسلم الكافر وبلغ الصبي وعتق العبد واعادوا تلك
الشهادة قبلت ولو شهد الفاسق ومن لا مروة له بحق فردت شهادته
ثم تاب وحسنت طريقته واعاد تلك الشهادة لم تقبل والفرق انه لا
عار عليهم في رد شهاداتهم فلا تلحقهم تهمة في اعادة الشهادة
وها هنا بخلافه وقيل ان كان معلنا بالفسق قبلت قال
وان شهد الوارث لمورثه بالجراحة قبل الاندمال فردت شهادته ثم
اندمل واعاد الشهادة فقد قيل تقبل لانها شهادة لم ترد لمعرة
بل للتهمة وقيل لا تقبل وهو ظاهر المذهب لانها شهادة ردت للتهمة
فاشبهت شهادة الفاسق اذا تاب

فصل

ويقبل في المال وما يقصد به المال كالبيع والاجارة والرهن والاقرار والغصب
وقتل الخطا شهادة رجلين ورجل وامراتين لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فنص على ذلك
في السلم وقسنا عليه ما عداه ٥ قال وشاهد ويمين المدعي لما
روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
قضى بالشاهد واليمين قال ابن دينار وكان ذلك في الاموال
وينبغي ان تقدم شهادة الشاهد وتعديله على اليمين قال الخراسانيون
ويجب ان يصدق الشاهد في يمينه فيقول انا محق وهو صادق ثم
الحكم بالشاهد او باليمين او بهما فيه ثلثة اوجه ويظهر اثر الخلاف
في الغرم عند الرجوع وحكي في الحاوي فيها وجها آخر انه ان قدر على
البينة الكاملة لم يحكم له بالشاهد واليمين قال واما الوقف فقد
قيل يقبل فيه ما يقبل في المال لان المقصود منه تمليك الموقوف عليه
منفعة الوقف فاشبه الاجارة وقيل ان قلنا ينتقل الى الادمي قبل
كالبيع وان قلنا ينتقل الى الله تعالى لم يقبل كالعتق قال وما
لا يقصد به المال اي ويطلع عليه الرجال كالنكاح والطلاق والعتاق
والنسب والولا والوكالة والوصية اليه وقتل العمد وساير الحدود
غير حد الزنا لا يقبل فيه الا شاهدان ذكران لقوله عليه السلام
لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وعن الزهري انه قال جرت السنة
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده
ان لا تقبل شهادة النسا في الحدود وقسنا عليه الباقي والنظر الى
رجوع العفو عن القصاص والوكالة والوصاية الى المال لانها في
نفسها سلطنة وولاية وليس بمال والصحيح ان الاجل من حقوق المال
قال فان شهد في قتل العمد شاهد وامراتان لم يثبت القصاص
ولا الدية ولو شهد في السرقة شاهد وامراتان لم يثبت القطع ويثبت
المال والفرق ان السرقة توجب القطع والمال على سبيل الجمع

وليس احدهما بدلا عن الاخر فجاز ان يثبت احدهما دون الاخر
خلاف قتل العمد فانه على احد القولين يوجب احد الامرين
لا بعينه فعين المال ما فيه وعلى القول الاخر الدية بدل عن القصاص
واذا لم يثبت القصاص لم يثبت الدية وحكى الخراسانيون قولا اخر
انه لا يثبت السرقة ايضا قال وان كان في يد رجل جارية
لها ولد فادعى انها ام ولده وولدها منه واقام شاهدا وامراتين
او شاهدا وحلف معه قضي له بها لانها مملوكة وتعتق بموته باقراره
وفي نسب الولد وحريته قولان احدهما لا يثبتان لان النسب
والحرية لا تثبت الا بشهادة رجلين فيكون الولد باقيا على ملك
المدعى عليه والثاني يثبتان لان الولد نما الام فيتبعها في الحكم
فيحصل العتق والنسب باقراره ٥ قال ولا يقبل في حد الزنا
واللواط واتيان البهيمة الا اربعة رجال اما الزنا فلما روى ابو هريرة
رضي الله عنه ان سعد بن عبادة قال يا رسول الله ارايت ان وجدت
مع اهلي رجلا فامهله حتى اتي باربعة شهداء قال نعم وقسنا
عليه اللواط واتيان البهيمة لانه فرج حيوان يجب بالايلاج فيه
العقوبة فاعتبر في الشهادة عليه اربعة كالزنا وقيل ان قلنا ان
الواجب في اتيان البهيمة التعزير قبل فيه شاهدان لانه لا يلحق
به في الحد فلا يلحق به في الشهادة وليس بشي لان نقصان العقوبة
لا يدل على نقصان الشهادة كزنا الامة ٥ قال وان شهد
ثلثة بالزنا وجب على الشهود حد القذف في احد القولين لقصة
المغيرة ويقبل الرواية قبل التوبة كحديث ابي بكرة وكالف القذف
الصريح لان الفسق ثم علم يقينا وها هنا علم بالاجتهاد ولا يجب في الثاني
لان الشهادة على الزنا امر جائز فلا يوجب العقوبة قال وان

شهد اربعة احدهم الزوج فقد قيل يحد الزوج قولا واحدا لانه لا
يجوز شهادته عليها وفي الثلثة قولان وقيل في الجميع قولان
لاتيان الجميع بلفظ الشهادة قال وفي الاقرار بالزنا قولان
احدهما يثبت بشاهدين كغيره من الاقارير والثاني لا يثبت الا باربعة
لانه سبب يثبت فعل الزنا فاعتبر فيه اربعة كالشهادة على الزنا
ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال كالرضاع والولادة والعيوب
تحت الثياب اي كالرتق والقرن وشبههما شهادة رجلين ورجل
وامراتين واربع نسوة اما النسا المنفردات فلتعذر اثباتها واما
اعتبار الاربع فلان شهادة امراتين برجل واحد واذا قبل فيه النسا
المنفردات فالرجال المنفردون والرجال والنسا بطريق الاولى ٥

باب تحمل الشهادة وادايها والشهادة على الشهادة

٥ ولا يصح تحمل الشهادة الا بما يقع به العلم لقوله تعالى
ولا تقف ما ليس لك به علم قال قتادة ما لم تسمع وما لم تر وما لم
تعلم وسال النبي عليه السلام رجل عن الشهادة قال هل ترى الشمس
قال نعم قال على مثل هذا فاشهد او دع واعلم ان هذا هو
الاصل في الشهادة وقد يلحق الظن به للحاجة على ما سنوضح ان شا الله
قال فان كان فعلا كالزنا والغصب لم يصح التحمل فيه الا بالمشاهدة
اذ بها يحصل العلم فيه قال وان اراد ان يتعمد النظر الى ما
تحت الثياب لتحمل الشهادة جاز على ظاهر النص لانهم تعمدوا النظر
الى فرج المغيرة والمراة وشهدوا بذلك ولم ينكر عليهم وقيل لا
يجوز لان الزنا مندوب الى ستره والعيوب التي تحت الثياب يقبل فيها
النسا المنفردات فلا حاجة اليه وقيل لا يجوز في غير الزنا ويجوز في الزنا

للافتقار الى الرجال في الزنا دون غيره وقيل يجوز في غير الزنا ولا
يجوز في الزنا لان الزنا مندوب الى ستره دون غيره ٥ وان كان
عقدا او اقرارا فلا بد من مشاهدة العاقد والمقر وسماع كلامهما
اذ بهما يحصل العلم فيهما وان كان نسبا او موتا او ملكا مطلقا جاز ان يتحمل
فيه بالاستفاضة من غير معاينة اما النسب فلعدم القدرة
على اليقين فيه واعلم ان هذا في النسب اذا كان من جهة الاب
اما اذا كان من جهة الام فهو كالنكاح واما الموت والملك المطلق
فلاجل المشقة في اعتبار اليقين فيهما ٥ واما النكاح والوقف
والعتق والولا فقد قيل يشهد بالاستفاضة فيها واختاره
صاحب الشامل لان هذه الاشيا تستفيض بين الناس وتدوم وقيل لا
يشهد كالبيع والاقرار واختاره الغزالي قال يشهد بالملك اذا اجتمع
اليد والتصرف والتسامع ٥ قال واقل ما تثبت به الاستفاضة
اثنان عادلان يثبت بهما وقيل لا بد من عدد يقع العلم بخبرهم وذلك
عدد التواتر وليس عدد محصور معين فعلى هذا لا يكفي في التعريف
اثنان بل طريقه ان يشهد على الكلية او على شهادة الاثنين
قال ابن الصباغ كلام الشافعي يقتضي ان الثبت بها الاخبار
ومفهومه انه اذا كثرت المخبرون بحيث يقع في قلبه صدقه وان لم
يبلغوا مبلغ التواتر كفى قال فان راى رجلا يتصرف في دار
مدة طويلة من غير معارضة جاز ان يشهد له باليد والملك لان اليد
والتصرف بالنقض والعمارة والاجارة والاعارة دليل الملك
وقيل يشهد له باليد دون الملك وهو الاصح لان ذلك قد يكون
من غير ملك كالوكالة والاجارة فلا يشهد بالملك مع الاحتمال
واعلم انه لا بد من مدة طويلة كما ذكر المصنف رحمه الله ولا

يكفي المدة القليلة قال ابو حامد المدة القليلة كالشهر
والشهرين قال ومن كانت عنده شهادة لآدمي لم يشهد بها
حتى يطالب بها صاحب الحق قال الاصحاب وانما يمتنع الشاهد من المبادرة
اذا علم بها صاحب الحق وعليه يحمل قوله عليه السلام خيركم قرني
ثم الذين يلونهم ثم يفشو فيه الكذب فيحلف الرجل اليمين لا يسالها
ويأتي بالشهادة قبل ان يسالها فاما اذا لم يعلم بها صاحب الحق جاز
وعليه يحمل قوله عليه السلام الا اخبركم بخير الشهود الذي
ياتي بالشهادة قبل ان يسالها وحيث منعناه فلو شهد فهل يقدح ذلك
في عدالته فيه وجهان اصحهما انه لا يقدح فان قلنا يقدح فلا يحتاج
الى استبرا الحال ولو اعاد تلك الشهادة في مجلس اخر قبلت
بلا خلاف ان من اختفى في زاوية ليتحمل الشهادة لا يحمل ذلك
على الحرص في الشهادة وقال مالك رحمه الله ترد وقيل هو قول
للشافعي وليس بشي قال ومن كانت عنده شهادة لآدمي في
حد من حدود الله تعالى فان راى المصلحة في الشهادة شهد مثل
ان كان سترها مغريا للغير للفاحشة شهد رعاية للمصلحة
وان راى المصلحة في الستر واستحب ان لا يشهد لانه مندوب الى
ستره فان شهد به جاز لقصة المغيرة ومن شهد بالنكاح ذكر
شروطه لان الناس يختلفون فيها فلا بد من ذكرها ليتأمل
فيها وان شهد بالاقرار بالنكاح لم يذكر شروطه على احد الوجهين
قال ومن شهد بالرضاع ذكر انه ارتضع من ثديها او من لبن
حلب منها وذكر عدد الرضاع ووقته لاختلاف الناس في ذلك قال
وان شهد بالقتل ذكر صفة القتل فان قال ضربه بالسيف فمات لم يحكم به
لجواز انه مات بسبب اخر قال حتى يقول فمات منه او يقول ضربه

بالسيف فقتله لانه حينيذ ينفي الاحتمال المذكور ولو قال ضربه
بالسيف فانهر دمه فمات مكانه ثبت القتل على المنصوص ولو قال
فسال دمه فمات مكانه لم يثبت القتل والفرق ان انهار الدم
سبب ظاهر في الافضا الى الموت بخلاف السيلان ه قال وان
شهدوا بالزنا ذكروا الزاني وكيف زنا وفي اي موضع زنا اما ذكر
الزاني فلجواز ان يكون زوجها او سيدها وكذا المزني بها واما
ذكر كيفيه الزنا فلانه ربما كان وطيها فيما دون الفرج او عانقها
وصرحه ان يقول ادخل ذكره في فرجها وان قال مع ذلك مثل
المرود في المكحله والرشا في البير كان اكد واما ذكر المكان
فلانه ان اختلف فيه الشهود سقط الحد وهذه ثلثه شروط
وذكر ابن الصباغ شرطا رابعا وهو ان يذكر الزمان الذي زنا
فيه لانه ربما اختلفوا فيه فيسقط الحد قال فان لم يبين
الشاهد ذلك ساله الحاكم كما فعل عمر رضي الله عنه في قصه
المغيره فان شهد بالسرقه ذكر جنس المال وقدر النصاب وصفه
الحرز قال ابو الطيب ويذكر انه لا يعلم له فيه شبهه قال
ابن الصباغ وسعى ان يكون هذا تاكيدا لان الاصل عدم الشبهه

فصل ويجوز الشهاده على الشهاده في حقوق
الادميين وفي حقوق الله عز وجل قولان اصحهما انه يجوز كغيرها
والثاني لا يجوز لانه مندوب الى اسقاطها وقيل يطرد هذا القول
في القصاص وحد القذف واما حقوق الله عز وجل التي هي
غير الحدود كالزكاه فانها تثبت بالشهاده على الشهاده ولا يجب
على الشاهد ان يشهد على شهادته قال الماوردي ان كان
الحق مما ينتقل الى الاعقاب كالوقف المويد لزمه الاشهاد

على شهادته وقال الشاشي وعندي انه لو بني على وجوب
الاسجال على الحاكم فيما حكم ولكنه المحضر كان اشبه قال ولا
يجوز ان يتحمل الشهاده على الشهاده الا ان يسترعيه الشاهد
بان يقول اشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي
وقيل لا بد وان يقول على شهادتي وعن شهادتي ليكون اذنا له في
التحمل والادا وهذا نظير اختلاف اصحابنا في المزكي هل يحتاج
ان يقول عدل علي ولي قال او يسمع رجلا يشهد عند الحاكم
بحق مضاف الى سبب يجب به الحق كالبيع والقرض اعلم ان لنا سبعه
مواضع يجوز فيها تحمل الشهاده منها ثلثه ذكرها الشيخ رحمه الله
واربعه ذكرها غيره احدها ان يراه يشهد عند محكم والثاني
ان يكون حاكما شهد عنده والثالث ان يكون محكما والرابع ان يسمعه
يسترعي غيره اما لو كان في دكانه او سوقه فسمع رجلا يقول
لفلان على فلان كذا لم يجز ان يشهد على شهادته لانه يحتمل انه اراد
اني اعلم ذلك بالسماع ويحتمل انه اراد انه عليه من وعد وعده
به فوجب الاحتياط فيه لما ذكرناه وخالف ما لو قال لفلان علي
الف كذا فانه يشهد على اقراره لان الانسان لا يقر الا بما هو حق في نفسه
وقيل لا يشهد على اقراره حتى يسترعيه او يضيفه الى سبب من
اتلاف او ضمان او غير ذلك مما يقطع الاحتمال وهو بعيد قال
ولا يجوز الشهاده على الشهاده الا ان يتعذر حضور شهود الاصل
بالموت او المرض اي المرض الذي يبيح به ترك الجمعه وخوف الغريم
والحبس كالمرض قال او الغيبه في مسافه تقصر فيها الصلاه
قال الشيخ ابو حامد لا يعتبر في ذلك حد بل المعتبر لحوق المشقه
في الحضور غالبا وانما اعتبرنا العذر لان الراوي في باب الشهاده لا يترك

مع امكانه قال ابو الطيب بن سلمه تقبل شهاده الفرع وان لم
تتعذر حضور الاصل وقال المسعودي لا تقبل شهاده الفرع
اذا مات شاهدا الاصل وليس بشي ٥ قال فان اراد ان يودي
الشهاده على الشهاده فان كان تحمل بالاسترعا قال اشهد ان
فلان بن فلان يشهد على فلان بن فلان بكذا واشهدني على شهادته
بذلك وان راه يشهد عند الحاكم يحكي قال اشهد ان فلان بن فلان
شهد بكذا عند الحاكم وان راه يشهد بحق مضاف الى سبب ذكر
نحو ما ذكرناه اي يقول اشهد ان فلان بن فلان شهد بكذا من ثمن
مبيع او غيره على نحو ما سمع منه وكذا في باقي المواضع يحكي صوره الحال
لتكون موديا لها على الوجه الذي سمعها ويعرف صحتها من فسادها
ويعرف بذكر شاهد الاصل حاله في العداله قال فان لم
يبين الشاهد كيفيه التحمل ساله الحاكم فلو كان فقيها قال الغزالي يكفيه
ان يقول اشهد على شهادته وله الاصرار عليه ولو ساله الحاكم
لم يلزمه بيانه ٥ قال ولا تقبل الشهاده على الشهاده من النسا
وكذا كتاب القاضي الى القاضي لان ذلك ليس مندرجا فيما تقبل
شهادتهن فيه على ما سبق من القاعده ولا تثبت شهاده كل واحد من
شاهدي الاصل الا بشاهدين لانه ليس بمال ولا يول الى المال فاشبه
الشهاده على الطلاق قال فان شهد اثنان على احد الشاهدين
ثم شهدا على الاخر ففيه قولان احدهما يجوز كما لو شهدا على نفسين
بالطلاق والثاني لا يجوز لانهما قاما مقام احد الشاهدين فلو قاما
مقام الاخر اشبه ما لو شهد الشاهد الواحد على الحق مرتين
فلو كان في الزنا وقلنا انه يثبت بالشهاده على الشهاده وفرعنا
على الاقوال ففيه قولان احدهما يكفي شاهدان والثاني يحتاج الى اربعه
في اثبات شهاده كل واحد من الاربعه وان فرعنا على الثاني فقولان
احدهما يحتاج الى ثمانيه والثاني يحتاج الى سته عشر ولا يحكم بالشهاده
على الشهاده حتى يثبت عنده عداله شهود الاصل والفرع لان عداله
الشهود شرط في الحكم فلو عدل شهود الفرع ثم حضر شهود
الاصل قبل ان يحكم لم يحكم حتى يسمع من شهود الاصل فلانه
قدر على الاصل فلم يحكم بالبدل ٥

باب اختلاف الشهود والرجوع عن الشهاده

اذا شهد شاهد انه اقر بالف وشهد اخر انه اقر بالفين وجبت له
الالف لاتفاقهما عليها وله ان يحلف ويستحق الالف الثانيه لانه
له بها شاهدا واحدا وقيل ان كان المدعي ادعى الفين فالحكم على ما سبق
وان ادعى الفا سقطت شهاده الذي يشهد له بالالفين لان المدعي
كذبه ٥ قال وان شهد اثنان انه زنا بها في زاويه وشهد اخران
انه زنا بها في زاويه لم يثبت الزنا لانه لم تكمل البينه فعلى هذا
هل يجب حد القذف فيه قولان قال وان شهد شاهدان انه
زنا بها وهي مطاوعه وشهد اخران انه زنا بها وهي مكرهه لم يثبت
الزنا وقيل يثبت في حق الرجل لانهم اتفقوا على زناه وحاله لا تختلف
بكونها مطاوعه او مكرهه وليس بشي لان زناه بها مطاوعه غير زناه
بها مكرهه فلم تكمل البينه على فعل واحد كالمساله قبلها وان شهد
شاهد انه قذفه بالعجميه وشهد اخر انه قذفه بالعربيه او شهد
احدهما انه قذفه يوم السبت وشهد الاخر انه قذفه يوم الاحد لم يثبت
القذف لانهما لم يتفقا على قذف واحد قال وان شهد احدهما
انه اقر بالقذف بالعجميه وشهد الاخر انه اقر بالقذف بالعربيه

او شهد احدهما انه اقر بالقذف يوم السبت وشهد الاخر انه اقر
بالقذف يوم الاحد وجب الحد لان المقر به واحد وان اختلفت
العبارة وحكى الاصطخري وجها انه لا يثبت القذف ٥ قال وان
اقر احدهما انه سرق كبشا ابيض وشهد الاخر انه سرق كبشا اسود
لم يجب الحد لانه لم يتفقا على سرقة واحدة وان حلف المسروق منه
مع الشاهد قضى له اي بالغرم لانه يثبت بشاهد ويمين ولا تعارض
لانه لم تكمل البينة بخلاف ما لو شهد شاهدان انه سرق كبشا ابيض
غدوة وشهد اخران انه سرقه بعينه عشية قال وان شهد
شاهدان انه سرق ثوبا قيمته عشرة دراهم وشهد اخران ان قيمته
عشرون درهما لزمه اقل القيمتين لان الاولين يقولان عرفنا صفة
الثوب وسعر السوق في ذلك الوقت بعينه عشرة والاخران
يقولان عرفنا صفة الثوب وسعر السوق في ذلك الوقت بعينه عشرون
فقد تعارضت البينتان في الزيادة ولزمه المتفق عليه وهو الاقل
قال في التهذيب عقيب هذه المسئلة لو شهد شاهدان انه
سرق قطعة ذهب وزنها ربع دينار وشهد اخران ان وزنها ثمن
دينار ثبت الاكثر بالاتفاق لان عند من شهد بالاكثر زيادة
علم بخلاف المسئلة قبلها لان الاختلاف ثم في القيمة وهي الاجتهاد
وقد يعلم شاهد الاقل عيبا ينقص قيمته قال وان شهد شاهدان
على رجل انهما قتلا فلانا وشهد الاخران على الشاهدين انهما قتلاه
رجع الى الولي قال في التهذيب انما يتصور هذا في مكان واحد
اما لو شهدا في مجلس اخر على الشاهدين لا يصغي الحاكم الى شهادتهما
قال فان صدق الاولين حكم بشهادتهما لانهما غير متهمين
والاخران متهمان وان كذب الاولين وصدق الاخرين او صدق الجميع

او كذب الجميع سقطت الشهادتان اما اذا كذب الجميع فظاهر
واما اذا صدق الجميع فلانه كذب كل واحد من البينتين بتصديق
الاخرى واما اذا كذب الاولين وصدق الاخرين فلان الاخرين
متهمان وقد كذب الاولين فان قيل كيف يسئل الولي والشهادة
تكون بعد سبق الدعوى متصلة قلنا اجاب الاصحاب بوجوه
احدها ان يكون الولي جاهلا بمن يشهد له فيدروا بالشهادة قبل
الدعوى الثاني ان يسبق الدعوى عن وكيلين له الثالث انه ادعى
على الاخرين فشهد الاولان ثم شهد الاخران فاورث ذلك شبهة فيحتاط
الحاكم ويسال الولي الرابع ذكره ابو اسحق ان المستحق ها هنا
هو الميت فانه يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه والميت لا يعبر عن نفسه
فجازت الشهادة له قبل الدعوى وقيل ان الشهادة بالقتل انما
تسمع قبل الدعوى فيما اذا كان المستحق طفلا او غائبا فقط ٥

فصل وان شهدوا بحق ثم رجعوا عن الشهادة
فان كان قبل الحكم لم يحكم لانه وقع الشك في شهادتهم فاشبه ما لو
فسقوا قبل الحكم وان كان بعد الحكم فان كان في حد او قصاص
لم يستوف لان ذلك يسقط بالشبهة ورجوعهم شبهة وقيل
يستوفى ذلك ٥ قال وان كان في مال او عقد استوفي على
المذهب وقيل لا يستوفى لان الحكم غير مستقل قبل الاستيفاء فاشبه
ما قبل الحكم وليس بشي لان الحكم نفذ فيما لا يؤثر فيه الشبهة فلا
يجوز نقضه برجوع محتمل ٥ قال ومتى رجع شهود المال
بعد الحكم لزمه الضمان في اصح القولين لانهم احالوا بينه وبين ماله ولا
يلزمهم في الاخر لان العين انما تضمن باليد او بالاتلاف لانهم احالوا بينه
وبين ماله ولا يلزمهم في الاخر لان العين انما تضمن باليد او بالاتلاف

ولم يتفق واحد منهما ومن اصحابنا من قال لا رجوع على الشهود
قولا واحدا قال وان رجع شهود العتق لزمهم الضمان لانهم
اتلفوا رقه عليه اذ تداركه ممتنع فاشبه ما لو قتلوه ويضمنون
سواء قالوا تعمدنا او اخطانا لان المال يضمن في العمد والخطا قال
وان رجع شهود الطلاق اي البائن بعد الحكم فان كان بعد الدخول
لزمهم مهر المثل للزوج لانهم اتلفوا البضع عليه وان كان قبل
الدخول ففيه قولان احدهما يلزمهم نصف مهر المثل لان الزوج
لا يملك قبل الدخول الا نصف البضع بدليل انه لا يلزمه الا نصف
المهر فيكون المتلف نصف البضع فيكون في مقابلته نصف مهر
المثل والثاني يلزمهم جميعه لان ملكه على البضع قبل الدخول كملكه
بعد الدخول ولهذا استويا في جواز المعاوضة عليهم ومنهم من
قال ليس على قولين بل على اختلاف حالين فحيث قال يرجع بجميع
المهر اراد اذا كان وفاها جميع الصداق قبل شهادتهم وحيث
قال يرجع بالنصف اراد اذا كان قد وفاها نصف الصداق قبل شهادتهم
والفرق انه اذا دفع جميع الصداق فوتوا عليه جميع الصداق
لانه لا يمكن استرجاعه منها لانه يقول انها زوجته وقد قبضت
مستحقه بخلاف ما اذا دفع نصف الصداق وان رجع شهود الصداق
فقد قيل يرجع عليهم بما يرجع به عليهم في الطلاق البائن وقيل
لا يرجع عليهم بشي قال وان رجع شهود القتل بعد القتل فان
تعمدوا لزمهم القصاص لما تقدم في القصاص وان اخطاوا لزمهم الدية
اي مخففة ولا تحملها العاقلة لانها وجبت بالاعتراف قال
وان شهد عليه اربعة بالزنا فرجم ثم رجع احدهم وذكر انه اخطا
في الشهادة لزمه ربع الدية مخففة وان شهد ستة ثم رجع اثنان

فقد قيل لا يلزمهما شي وقيل يلزمهما ثلث الدية بطريق التقسيط والصحيح
هو الاول لان البينة قائمة على اباحة دمه وسقوط ضمانه فصار
كما لو قتل رجل رجلا ثم قامت البينة على ان المقتول كان قد
زنا وهو محصن وقال ابن الحداد اذا قالوا تعمدنا وتعمد
الباقون فلا قود عليهما لما بيناه بخلاف ما لو كانت الشهادة على القتل
لان قيام البينة بالقصاص لا يبيح دمه ويسقط ضمانه بالنسبة الى
غير ولي الدم قال وان شهد اربعة بالزنا واثنان بالاحصان
اي فرجم ثم رجعوا فقد قيل لا يلزم شهود الاحصان لانهم شهدوا
بصفته دون فعله وهو انما قتل بفعله دون صفته وقيل يلزمهم
لانه لولاهم لما رجم وقيل ان شهدوا بالاحصان قبل الزنا لم
يلزمهم شي لانهم لم يثبتوا الا صفته وان شهدوا بعده لزمهم لانهم
انما شهدوا بالقتل وما الذي يلزمهم فيه وجهان احدهما ثلث
الدية والثاني نصف الدية ولو انكر الاحصان وله زوجة ولها منه ولد
ثابت النسب لم يثبت احصانه بذلك قال واذا حكم الحاكم
بشهادة شاهدين ثم بان انهما كانا كافرين او عبدين نقض الحكم لانه تبين
انه حكم بما لا يجوز له الحكم به فنقض الحكم كما لو حكم بحكم ثم وجد نص
بخلافه قال وان بان انهما كانا فاسقين عند الحكم نقض الحكم
في اصح القولين كما لو كانا عبدين وبل اولى لان عدم قبول شهادة
الفاسق علم بالنص وهو قوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ان تضل
الاية وقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا الاية ولا كذلك في العبد لانه
علم عدم قبول شهادته بالاجتهاد ولا ينقض في الاخر لان فسقه
ثبت بالبينة من جهة الظاهر ولا ينقض حكما ثبت في الظاهر وهذا
ضعيف لانه يبطل بما اذا وجد نص الذي وجد من جهة الظاهر بخلاف

حكمه وقيل ينقض الحكم قولا واحدا وحيث قال الشافعي رحمه الله
لا ينقض اراد اذا كان الفسق لم يستنده بشهود الجرح الى حالة
الحكم قال ومتى نقض الحكم فان كان المحكوم به اتلافا كالقتل
والقطع ضمنه الامام لان الشهود يقولون شهدنا بالحق والمشهود
له يقول استوفيت حقي فلا يمكن الايجاب عليهم فاوجبنا على
الحاكم لانه مفرط في الحكم بشهادة من لا يعلم اهليته للشهادة
ثم ان قصر في البحث عن حال الشهود فالضمان في ماله وان لم يقصر
عن البحث فيجب الضمان على عاقلته او في بيت المال فيه قولان
قال الخراسانيون يثبت الرجوع على الشهود لانهم فسقة وانما
ليسوا اهلا له ومنهم من قال لا رجوع عليهم قال وان كان
مالا فان كان باقيا رده وان كان تالفا ضمنه المحكوم له فان كان معسرا
ضمنه الحاكم وهل يجب في ماله او في بيت المال فيه قولان ولا يجب
هاهنا انه يجب على العاقلة لانها لا تحمل المال ثم يرجع به على المحكوم له
اذا ايسر والفرق بين المال واتلاف النفس والطرف ان المال
يضمن بالاتلاف ويضمن باليد ايضا وقد حصل ذلك المال في يد المشهود
له فوجب عليه الضمان وضمان النفس والطرف انما يجب بالاتلاف
بغير حق وتمكين الحاكم اياه من الاتلاف اخرج اتلافه عن ان يكون
اتلافا بغير حق فلم يلزمه الضمان ولم يذكر الخراسانيون هذه
التفرقة بين الصورتين والله اعلم

باب الاقرار

الاقرار اخبار عن حق ثابت سمي اقرارا لانه اظهر الحق واثبته قال
من لم يحجر عليه اصح اقراره اي سوا كان عدلا او فاسقا لانه خبر انتفت
عنه التهمة فكان كالشهادة من العدل ومن حجر عليه لصغر او جنون
لا يصح اقراره للخبر المشهور واعلم انه استثني منه امران احدهما
اذا اقر بالبلوغ بالاحتلام في مدة الامكان يقبل اقراره من غير يمين
الثاني اقراره بالوصية والتدبير اذا قلنا يصحان منه فانه مقبول
قال وان اقر ثم ادعى انه غير بالغ اي في موضع لم يمكن فالقول
قوله من غير يمين وعلى المدعي البينة انه بالغ لانا حكمنا انه غير بالغ
بالاستصحاب وفي تحليفه اثبات بلوغه اذ لا تشرع اليمين في حقه
ومن حجر عليه لسفه لا يجوز اقراره بالمال ظاهرا لغاية الحجر ويجوز
في الطلاق والحد والقصاص لانتفاء التهمة ومن حجر عليه لفلس يجوز
اقراره في الحد والقصاص لانتفاء التهمة وفي اقراره بالمال اي المسند
الى سبب سابق على الحجر قولان احدهما يجوز وهو الاصح لانه ثبت عليه
بسبب سابق على الحجر فاشبه الثابت بالبينة والثاني لا يجوز في الحال
اي بل يواخذ به بعد فك الحجر عنه لان حقوق الغرما تعلقت بماله
فلم يقبل اقراره بالنسبة اليهم كالراهن وقيل يطرد هذا القول
في قبول الاقرار بالمال مطلقا قال ومن حجر عليه لرق يجوز اقراره
بالحد والقصاص والطلاق لانتفاء التهمة اذ الانسان مجبول على صيانة
نفسه عما يوذيه وان اقر بمال اتبع به اذا عتق وقيل لا يتبع به وليس
يبني لانتفاء التهمة في تلك الحال ولا يواخذ به في الحال اذا لم يكن
ماذونا رعاية لحق السيد قال وان اقر بسرقة مال في يده
قطع لما سبق وفي المال قولان احدهما يسلم اليه لانه اقرار يتضمن
عقوبة فقبل كما لو اقر بجناية العمد فعفي الولي على مال واختاره
والثاني لا يسلم كما لو كان المال في يد المولى وهكذا الحكم فيما لو كان المقر
سفيها وان اتلفنا المال اي وكان قبل الاقرار يتبع فيه بقدر المال في احد
القولين لانتفاء التهمة ولا يتبع في الاخر لان للغرم محلا وهو ذمته والله اعلم

ان الشافعي رحمه الله نص على قولين في قبول اقراره بالمال في مسئلة
السرقة واختلف الاصحاب في محل القولين على ثلثة طرق احدها
ان القولين فيما اذا كان المال باقيا فاما اذا كان المال تالفا قبل
اقراره في تعلق القيمة برقبته قولا واحدا والثاني ان القولين فيما
اذا كان تالفا فاما لو كان باقيا لم تقبل اقراره قولا واحدا والثالث
ان القولين في الجميع قال ـــــــ ولا يجوز اقرار المولى عليه بما يوجب
الحد والقصاص لانه لا حق للسيد في العبد الا المال ولهذا لو جنى
عليه جناية توجب الحد او القصاص استقل بالاستيفاء والعفو دون السيد
قال ـــــــ ويجوز اقراره عليه بجناية الخطا لانه ايجاب حق في ماله
قال ومن حجر عليه لمرض يجوز اقراره بالحد والقصاص اذ لا حق
للورثة في نفسه بل في ماله ويجوز اقراره بالمال للاجنبي بالاجماع
وفي اقراره بالمال للوارث قولان احدهما لا يجوز وهو مذهب
ابي حنيفة ومالك واحمد رضي الله عنهم لانه محجور عليه في نفسه
بدليل الوصية له فاشبه الصبي والثاني يجوز وهو الصحيح ومثل
يجوز قولا واحدا لما بيناه اي بكونه وارثا له والقول الاخر حكاه عن
غيره والمعتبر كونه وارثا في حال الموت لا حالة الاقرار على الصحيح

فصل

ويجوز الاقرار لكل من ثبت له الحق المقر به
فان اقر لعبد رجل بمال ثبت المال لمولاه اي على قولنا العبد لا يملك
تنزيلا على معاملته بينهما بمال السيد واما قيد بالمال لان القصاص
يثبت للعبد دون السيد فاما اذا قلنا العبد يملك صح الاقرار له وان
كذبه المولى قال ـــــــ وان اقر لبهيمة لم يثبت المال لصاحبها لان
الاستحقاق انما يتصور للادميين اللهم الا ان يقول بسببها فينزل
على انه استاجرها وان اقر لحمل وعزاه الى ارث او وصية صح الاقرار

اي اذا كان الحمل متيقن الوجود لما بينا في الوصية لان الحمل يملك
بهذين السببين وان اطلق ففيه قولان اصحهما انه يصح كالاقرار
للطفل والثاني لا يصح لان الاقرار في الغالب مبناه على المعاملة
او الجناية وقد استحال الامران فلم يجعل لاقراره حكما اما اذا قال لهذا
المسجد ولهذا المصحف على الف واطلق ولم يبين السبب ففيه وجهان
يبتنيان على هذين القولين قال ـــــــ فان انفصل ميتا بطل اقراره
اذ الميت لا يملك بالارث والوصية ثم ينظر فان كان قد ذكر انه عن
وصية رد المال الى ورثة الموصي وان كان عن ميراث يرد الى ورثة
الميت وان كان قد اطلق يرجع الى المقر فان كان قد مات او جن فهو
كما لو اقر لانسان بدين ورد المقر له الاقرار قال ـــــــ وان انفصل
حيا وميتا جعل المال للحي اي ويسلم الى وليه لان الميت كالمعدوم قال
ومن اقر بحق لادمي لم يقبل رجوعه لما فيه من الاضرار بالمقر له وان
اقر بحد من حدود الله تعالى وهي حد الزنا والسرقة والمحاربة وشرب
الخمر قبل رجوعه لان الحدود مبنية على الدرء والاسقاط وقيل لا يقبل
رجوعه في حد السرقة وقطع الطريق قال ـــــــ ويستحب للامام
ان يلقنه الرجوع عن ذلك ووجهه ان النبي عليه السلام قال لماعز لما اقر
عنده لعلك لمست لعلك قبلت ابك جنة يعرض له بالرجوع وقال
للذي اقر بالسرقة ما اخالك اي ما اظنك سرقت ولم يصح انه قال اسرقت
قل لا قال ـــــــ المحاملي لا يقول انه مستحب بل يقول انه مباح وهو مخير
بين فعله وتركه لان النبي عليه السلام عرض بالرجوع وكان تركه
لذلك اكثر فلو كان مستحبا لما كان تركه له اكثر واعلم ان المراد
بتلقين الرجوع التعريض لمثل ذلك دون التصريح قال ـــــــ الغزالي
هذا قبل الاقرار واما بعد الاقرار فلا اذ الستر مختص بما قبل الظهور

وان اقر بنسب عاقل بالغ ثم رجع عن الاقرار وصدقه المقر له وهل
يسقط النسب فيه وجهان قال وان اقر العربي بالعجمية
ثم ادعى انه لم يعرف قبل قوله مع اليمين لان الظاهر معه
وان اقر بمال او بهبة واقباض ثم ادعى انه اقر بالمال على وعد ولم يقبض
او وهب ولم يقبض وطلب يمين المقر له حلف على المنصوص لجواز
انه اعتقد ان الهبة لا تشترط لملكها قبضه ونص ايضا على انه لو قال
وهبتها منه وملكها لم يكف الاقرار بالقبض لجواز انه اعتقد ان الهبة
لا يشترط فيها القبض كما ذهب اليه مالك رحمه الله وفيه وجه اخر
انه لا يحلف لانه ابطل دعواه باقراره ٥ قال وان وكل غيره في
ان يقر عنه بمال لزمه المال وان لم يقر الوكيل اعلم ان في صحة
هذا التوكيل وجهين تقدما في الوكالة فان قلنا لا يصح التوكيل
بالاقرار وهل يجعل الموكل مقرا فيه وجهان احدهما لا كما لو وكل
بالابرا لا يجعله مبرئا بمجرد التوكيل والثاني بلى لانه لا يأمر غيره
بالاخبار عن وجوب الحق الا وهو ثابت ولهذا قلنا لو قال بعني هذا
يكون اقرارا له بالملك لانه لا يطلب البيع منه الا والملك له اذا عرف
ما ذكرنا علمت ان الشيخ رحمه الله ذكر احد الوجهين على بطلان الوكالة
قال ومن اقر لرجل بمال اي سوا كان عينا او دينا فكذب به المقر له
انتزع المال من يده وحفظ وقيل يترك في يده لان انكار المقر له كعدمه
فعلى هذا لو كان قد ادعاها غيره قبل اقراره ثم يقر في يده حتى يعود
ويدعيها ويحلف ٥ قال ومن ادعى على رجل حقا فقال انا مقر او
اقر ولا انكر لم يلزمه لانه لم يذكر ما هو مقر به وهو غير منكر له
ويحتمل انه اراد بطلان دعواه وقيل اذا قال انا مقر له لزمه وهكذا الحكم
فيما لو قال زنه او خذه او هم صحاح ولو قال انا مقر بما يدعيه او لا انكر

لزمه لانتفا الاحتمال وان قال انا اقر بما يدعيه لم يلزمه لانه
وعد بالاقرار وقيل يلزمه وان قال بلى او نعم او اجل لزمه لان
هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال وان قال له علي ذلك
ان شا الله او ان شئت لم يلزمه لان الاقرار اخبار عن حق سابق
فلم يصح تعليق وجوبه على الشرط ٥ قال وان قال اذا
جا راس الشهر فله علي الف لم يلزمه لما بينا وان قال علي الف
اذا جا راس الشهر فقد قيل لا يلزمه لما بينا ٥ وقيل يلزمه وهو
المنصوص لانه جزم بالاقرار اولا ثم ما بعده يحتمل ان يكون لمعرفة
محلها فيصير كما لو قال له علي الف مؤجله الى شهر وقيل يلزمه في
المسله التي قبلها ايضا ولا فرق بين تقديم الشرط وتاخيره قال
وان قال ان شهد شاهدان فله علي الف لم يلزمه لما تقدم وكذا
لو قال له علي ان شهد شاهدان وان قال ان شهد شاهدان علي بالف
فهما صادقان لزمه في الحال لانه اخبر بصدقهما ولا يصدقان
الا اذا كانت واجبة عليه وقيل لا يلزمه ايضا ٥ وان قال كان له علي
الف فقد قيل يلزمه لانه اقر بالثبوت وادعى في ضمنه السقوط
فلم يقبل وقيل لا يلزمه لانه لم يعترف له بحق في الحال ٥ وان قال
له علي شي ففسره بما لا يتمول كقشر فستقه او جوزه لم يقبل لانه
لا يثبت في الذمة قال الغزالي رحمه الله ظاهر النص انه يقبل
لانه شي حرام الاخذ واجب الرد وكذا الحكم في قمع الباذنجان وقشر
الرمانة قال وان فسره بكلب اي معلم او مهيا للتعليم او سرجين
او جلد ميتة لم يدبغ فقد قيل يقبل لانه يقع عليه اسم الشي وفيها منفعة
يجب تسليمها ولهذا لو قال عندي يجب تسليمها يقبل تفسيره بهذه
الاشيا قال وقيل لا يقبل لانه يقع عليه اسم الشي الا والاقرار اخبار

عما يجب ضمانه وهذه الاشيا لا يجب ضمانها قال وان فسره بخنزير
او ميتة لم يقبل لان ذلك لا يجب تسليمه وقيل يقبل قال وان فسره
بحد قذف قيل يقبل لانه حق ادمي وليس ببعيد عن الافهام وقيل لا يقبل
لانه لا يؤول الى المال فاشبه ما لو فسره برد السلام قال وان
فسره بحق شفعه قبل لانه حق يؤول الى المال وان فسر الشي بعشره وقال
المقر له بل لي عليك مايه قيل للمقر له اتصدقه على اراده العشره
باقراره وتدعي هذه الزياده او تكذبه في انه اراد العشره بالاقرار وتدعي
عليه المايه فان اختار الاول لم يبق بينهما منازعه في الاقرار
وانما يدعي عليه مالا اخر فتفصل الخصومه فيه بطريقها فان
نازعه في اراده العشره باقراره فالقول قول المقر وان قال
غصبت منه شيا ثم قال اردت نفسه لم يقبل لان اللفظ ينبو عنه
قال وان اقر بمال او بمال عظيم او خطير او كثير قبل في تفسيره
القليل اي من المال والكثير لانه ما من مال الا وهو عظيم كثير بالنسبه
الى ما تحته قليل حقير بالنسبه الى ما فوقه وقيل اذا قال مال
عظيم او كبير فلا بد من تفسيره بما يزيد على اقل ما يتمول فان امتنع
المقر من التفسير فالذي اختاره المسعودي انه يحبس حتى يبين وحكي
وجهين اخرين احدهما انه يقال للمقر له بين انت ما تدعي عليه
ما ذا ثم ننظر فان صدقه المقر فذاك وان كذبه قيل له ان بينت اقرارك
والا حلفناه ودفعنا اليه ما يدعيه ووجه هذا انه قويت جنبه المقر له
بامتناع المقر عن التفسير وكالف ما لو اسلم على عشر نسوه فامتنع
عن التعيين فانا لا نحبسه اذ ليس الى المراه دعوى وتعيين وانما التعيين
الى الزوج ولم يذكر في التتمه غير هذا قال الغزالي رحمه
الله وهذا منقاس لكنه يبطل فايده الاقرار والثاني انه اذا قال غصبت

شيا حبس لانه ربما لا يدري المقر له ما الذي غصب منه وان اقر
بشي مطلق روجع المقر له فهذا هوس وحكي في الحاوي وجهين
في انه هل يشترط ان يعيد الحاكم المطالبه بالتفسير ثلثا

فصل

قال وان اقر بدراهم او بدراهم كثيره لزمه ثلثه دراهم لانها اقل
الجمع وان قال له علي درهم ثم اعاده في وقت اخر لزمه درهم واحد
لجواز ان يكون الثاني خبرا عما اخبر به اولا وكذا الحكم فيما لو اعاد
بعضه قال وان قال له علي درهم من ثمن ثوب ثم قال له علي
درهم من ثمن عبد لزمه درهمان لانتفا الاحتمال المذكور وان قال
له علي درهم ودرهم لزمه درهمان لان المعطوف مغاير للمعطوف
عليه قال وان قال له علي درهم فدرهم لزمه درهم على
المنصوص وان قال انت طالق فطالق وقعت طلقتان على المنصوص
وقيل فيهما قولان احدهما يلزمه درهم ويقع طلقه لانه يحتمل
انه اراد فدرهم خير وفطالق انت حينيذ والثاني يلزمه درهمان
ويقع طلقتان لان الفا ظاهر العطف كالواو وقيل بتقرير النصين
والفرق ان الاقرار يحتمل الصفه بان يريد بدرهم لازم لي اذا قدم
له خطر والطلاق لا يمكن حمله على الصفه اذ لا يحتمل فطالق
لها خطر فحمل على العطف وانما نظير مسلتنا من الطلاق ان يقول انت
طالق فطلقه وان قال له علي درهم تحت درهم او فوق درهم او مع درهم
او قبل درهم او بعد درهم فقد قيل فيه قولان احدهما يجب درهم لانه
يحتمل انه اراد فوق درهم في الجوده وتحت درهم في الرداه ومع
درهم وقبل درهم املكه وبعد درهم ملكته والثاني درهمان لان
هذه الالفاظ تقتضي ضم درهم الى درهم فاشبهت حروف العطف
وكان مبنى القولين تعارض الاصل والظاهر وقيل ان قال فوق درهم

أو تحت درهم أو مع درهم لزمه وإن قال قبل درهم أو بعد درهم لزمه
درهمان والفرق أن قبل وبعد للتاريخ لا للتأريخ فالمفهوم منه
التقدم في الوجوب فصار أحد الدرهمين مضموما إلى الآخر بخلاف فوق
وتحت ومع فإن ذلك إشارة إلى المكان والمقر بالشيء لا يكون مقرا
بمكانه قال ـــــ وإن قال له علي درهم في دينار لزمه درهم لأنه
يحتمل أنه أراد في دينار لي إلا أن يريد مع دينار فيلزمه درهم ودينار
أي على قولهما المتقدم وكذا لو فسره بما يقبل فيما إذا قال له في هذا
العبد درهم قيل إلا في أرش الجناية قال ـــــ وإن قال له علي درهم
في عشرة لزمه درهم لأنه يحتمل أنه أراد مختلطا في عشرة لي إلا أن
يريد الحساب فيلزمه عشرة لأنه موجبه وقيل عند من لا بأس من البيان
يلزمه عشرة لأنه الظاهر من استعمال هذه الألفاظ وإن قال له (اللفظ)
علي درهم أو دينار لزمه أحدهما وأخذ بتعيينه لأنه أقر بأحدهما
لا أنه للترديد وقيل لا يلزمه شيء وإن قال له علي درهم بل درهم
لزمه درهم لأنه يحتمل أنه توهم عليه زيادة فقصد الاستدراك
فقال بل ثم تذكر في الحال أنه لا زيادة عليه فأعاد لفظ الدرهم
قال ـــــ وإن قال درهم لا بل درهمان لزمه درهمان وإن قال
درهم لا بل درهمان لزمه درهمان وإن قال درهم لا بل دينار لزمه درهم
ودينار والفرق أن نفس الدرهم داخل في الدرهمين فلم يكن ذلك
رجوعا عن إثبات الدرهم بل نفي الاقتصار عليه وألحق به الدرهم الآخر
ولا كذلك هاهنا ولو قال له عندي هذا الدرهم لا بل هذان الدرهمان
لزمه ثلاثة دراهم لأن المشار إليه أولا غير داخل في المشار إليه
ثانيا ولو قال له علي درهمان لا بل درهم لزمه درهمان لأنه رجع عن أحد
الدرهمين المقر بهما فلم يقبل

فصل

وإن قال له ما

بين الدرهم والعشرة لزمه ثمانية لأن الذي بين الدرهم والعشرة
ثمانية ولو قال له علي من درهم إلى عشرة فقد قيل يلزمه ثمانية لأن
لأن الأول والعاشر حدان فلا يدخلان في المحدود كما لو قال له من
هذا الحائط إلى هذا الحائط وقيل يلزمه تسعة لأن الحد هو العاشر
أما الأول فهو ابتداء الغاية فيدخل وقيل يلزمه عشرة لأنه قد ذكر
في غسل المرافق أن الحد إذا كان من جنس المحدود دخل فيه وقيل
تطرد هذه الأوجه في المسألة قبلها وإن قال له علي كذا فهو كما لو قال
له علي شيء لأنه مبهم قال ـــــ ولو قال له علي كذا كذا درهما لزمه
درهم واحد ويحمل قوله وكذا ثانيا على التأكيد قال ـــــ وهكذا
الحكم فيما لو قال درهم بالرفع ولو قال كذا وكذا درهما فقد قيل يلزمه
درهمان لأنه ذكر الدرهم تفسيرا عقيب المبهمين فكان مفسرا لكل
واحد منهما فصار كما لو قال خمسة عشر درهما وقيل فيه قول لأن أحدهما
درهم لأن قوله كذا يجوز تفسيره بما دون الدرهم فجاز أن يريد
بكل واحد بعض الدرهم والمجموع درهم والثاني درهمان لما سبق
وقيل إن ذكر الدرهم بالنصب لزمه درهمان وإن ذكره بالرفع لزمه
درهم واحد لأنه حينئذ يكون خبرا عن المبهمين فيكون تقديرهما درهم
قال ـــــ ولو قال كذا درهم بالخفض لزمه دون الدرهم لأن قوله كذا
يكون كناية عن بعض أو عن جزء ويرجع في التفسير إليه وقيل يلزمه
درهم لأن قوله كذا لا يفهم منه معنى فيصير وجوده كعدمه
فينزل منزلة قوله له علي درهم ولو قال ذلك لزمه درهم نصبا ورفعا أو
خفضا كذا هاهنا قال ـــــ في التتمة اتجه عندي في حق من لا يحسن
الإعراب لأن مثل هذه اللفظة لا تنزل في العادة وسبيلها الغض وإن
قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم ويكون منصوبا على التفسير وإن قال

كذا درهمٌ بالرفع لزمه درهم فيكون خبرًا وتقديره علي شي هو درهم
وان قال كذا درهم بالرفع لزمه درهم فقط فهو كما لو ذكره بالخفض لانه اليقين
وان قال له علي الف ودرهم او الف وثوب لزمه الدرهم والثوب
ورجع في تفسير الالف اليه وان قال له علي مايه وعشره دراهم لان الجميع دراهم
اي على الصحيح والفرق ان ثم تضمن اثبات الدرهم في نفسه والثوب في
نفسه فلا يكون تفسيرا وها هنا الدراهم لا يتضمن اثباتها في نفسها
بل هي تفسير وقد تعقبت جملتين كل واحده محتاجه الى التفسير فجعل
تفسيرا لهما والعرف يشهد لذلك وقيل يلزمه عشره دراهم ويرجع
في تفسير المايه اليه كالمسله قبلها فعلى هذا لو قال بعتك بخمسه وعشرين
درهما لم يصح البيع وان قال له علي عشره الا عشره لزمه العشره وان قال
له علي درهم ودرهم الا درهما لزمه درهمان على المنصوص وقيل يلزمه
درهم وقد بينا نظيره في الطلاق وان قال له علي الف درهم الا ثوبا وقيمه
الثوب دون الالف قبل منه لان الاستثنا من غير الجنس جايز في لغه
العرب وقال الغزالي رحمه الله هذا الاستثنا من الجنس لان
تقديره الا قيمه ثوب نعم فيه مجاز من حيث انه ذكر الثوب واراد القيمه
واما لو فسره بما قيمته مثل الالف او اكثر بطل التفسير وهل يبطل الاستثنا
فيه وجهان وان قال له علي الف الا دينار رجع في تفسير الالف اليه لانه
مبهم واسقط عنه دينار للاستثنا وان قال له هولا العبيد العشره الا
واحدا لزمه تسليم تسعه ولزمه البيان لانه ثبت بقوله فيرجع اليه ومن اصحابنا
من قال الاستثنا من المعين لا يصح وقيل يلزمه تسليم عشره قال
فان ماتوا كلهم الا واحدا وذكر انه هو المستثنى قبل منه على المذهب لانه محتمل
وقيل لا يقبل لانه يرفع حكم الاقرار فهو كالاستثنا المستغرق والفرق
على المذهب ان ها هنا لم يرفع باقراره الا واحدا والباقي ارتفع بالموت

وثم رافع رفع الجميع فلو قتلوا الا واحدا وذكر انه المستثنى قبل
وجها واحدا قال وان قال له هذه الدار الا هذا البيت او هذه الدار له
وهذا البيت لي قبل منه لانه اخرج البعض بلفظ متصل فاشبه الاستثنا
وان قال له هذه الدار عاريه فله ان يرجع فيها متى شا لان قوله هذه
الدار ليس صريحا في الملك الا اذا تجرد اما اذا اقترن بغيره فلا وقيل
يخرج على ما اذا قال له علي الف عن ثمن خمر وليس بشي لان اضافه
العاريه حقيقه بخلاف الخمر فانه لا يملك حقيقه وكذا الحكم
لو قال هذه الدار هبه عاريه وان قال له هذه الدار هبه
فله ان يمتنع من التسليم لان الهبه لا تلزم الا بالقبض ولم يعترف به
قال ولو قال له علي الف موجل لم يلزمه ما اقر به لان التاجيل يوخر
الحق ولا يسقطه فلم يكن رافعا للاقرار فقبل وقيل فيه قولان
احدهما انه يلزمه ما اقر به لما بيناه والثاني يلزمه الف حاله لانه
في معنى الاستثنا المستغرق ولو قال له الف من ثمن خمر او الف
قضيتها ففيه قولان احدهما يلزمه لانه بمنزله الاستثنا المستغرق
فعلى هذا لو طلب يمين المقر له فله ذلك والثاني لا يلزمه كما لو قال
له علي الف من ثمن مبيع ما قبضته ويخالف الاستثنا المستغرق لان في
الاستثنا وصل الاقرار بما يرفعه من الوجه الذي اثبته فلم يقبل وها هنا
ليس كذلك وقيل يلزمه فيما اذا قال الف قضيتها قولا واحدا لتنافيه
ويصير كما لو قال له علي الف لا يلزمني وان قال له علي الف من ثمن مبيع
لم يلزمه حتى يقر بقبض المبيع لان اقراره تعلق بالمبيع والاصل عدم
القبض

فصل

وان قال له علي الف درهم نقص لزمه
ناقصه الوزن لانه موجب لفظه وقيل يلزمه الف وازنه وان قال له
الف درهم وهو في بلد اوزانهم ناقصه لزمه من دراهم البلد على المنصوص

كما في البيع وقيل يلزمه الف وازنه وهي دراهم الاسلام كل درهم
سته دوانيق وكل عشره دراهم سبعه مثاقيل لانه اخبار عن وجوب
سابق فهو محمول على دراهم الاسلام لان ذلك هو المعروف ويخالف
البيع فانه ايجاب في الحال فحمل على عرف ذلك الموضع وان قال له درهم
صغير وهو في بلد اوزانهم وافيه لزمه صغير وازن وان قال له درهم
كبير وهو في بلد اوزانهم وافيه لزمه صغير وازن وان قال له درهم
كبير وفي البلد دراهم كبار القدر اي متسعه لزمه درهم وازن
منها لان الظاهر انه اراد ذلك وهكذا ذكر في الشامل قال في
المهذب يلزمه من دراهم الاسلام في جميع ما سلف من المسايل عند
الاطلاق نعم لو فسر ذلك كان على التفصيل المذكور ههنا ه وان قال
له علي الف درهم زيف فقسرها بما لا فضه فيها كالفلوس المضروبه
لم يقبل لان ذلك لا يفهم في الغالب وقيل اذا كان ذلك متصلا بالكلام
قبل وان فسرها بمغشوش قبل على ظاهر المذهب لان اللفظ يحتمله
هكذا قال ابو الطيب الطبري وقيل لا يقبل الا اذا كان متصلا بالاقرار
ولم يذكر في المهذب والشامل غيره قال في الشامل لو كان في
بلد يتعامل فيها بالمغشوشه لم يلزمه عند الاطلاق الا منها كما في النقص
قال وان قال له علي دراهم فقسرها بسكه غير البلد قبل منه بخلاف
نظيره في البيع لان هذا اخبار عن سابق وذلك يختلف والجهاله لا تنافيه
فيثبت مجهولا فيرجع في تفسيره اليه والبيع ايجاب في الحال والجهاله
تنافيه فحمل على عرف البلد تصحيحا للعقد والسكه هي الحديده المنقوشه
التي يضرب بها وعليها الدراهم والدنانير قال وان قال له علي
الف درهم فقسرها بدين قبل منه لانه يحتمله ويستعمل له ه وان قال له
علي الف وديعه فهي وديعه لان الوديعه يجب حفظها وردها وان قال كان

عندي انها باقيه فاذا هي هالكه لم يقبل لانه اقر بوجوب ردها فلم
يقبل رجوعه فان ادعى انها هلكت بعد الاقرار قبل منه لانه محتمل
وان قال له علي الف درهم ثم فسرها بوديعه قبل وقيل لا يقبل لان كلمه
على للايجاب فعلى هذا يلزمه اداء الوديعه ويلزمه المال في ذمته
والاول اصح لان الوديعه يجب حفظها وردها وان قال له علي
الف في ذمتي ثم فسرها بوديعه فقد قيل يقبل لجواز ان يكون قد تعدى
فيها فكان ضامنا لها في ذمته وقيل لا يقبل وهو الاصح لانه صرح بانها في ذمته
والوديعه لا تكون في ذمته واعلم ان الكلام فيما اذا جا بالف
وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعه عندي فاما لو قال الالف
التي اقررت بها هي هذه وهي بدل الف كانت عندي وديعه وتلفت
قبل بلا خلاف على المذهب وقيل لا يقبل ايضا قال وان
قال له في هذا العبد وكذا من هذا العبد الف درهم ثم فسرها بقرض
اقرضه في ثمنه او الف وزنها في ثمنه لنفسه او بالف موصى بها من
ثمنه او ارش جنايه جناها العبد قبل لان ما قاله محتمل ويسال عن
كيفيه الشرا اذا فسر به فان قال اشتريناه معا سيل عما بذلك
من الثمن فان قال الفا كان العبد بينهما نصفين وان قال الفين كان
العبد بينهما اثلاثا وان قال اشترى كل واحد منا على الانفراد
سيل عن المقدار وقبل منه سواء كانت القيمه اقل او اكثر وان فسرها بانه
رهن بالف له عليه فقد قيل يقبل وهو الصحيح لان الدين يتعلق بالمرهون
والذمه وقيل لا يقبل اي بل يواخذه باقراره بالف ويبقى الاقرار الاول
بحاله فيطالب بتفسيره لان الدين يتعلق بالذمه والرهن وثيقه فيكون
تفسيره مخالفا للظاهر ولو قال له علي في هذا العبد الف لزمه الالف
في ذمته بكل حال

فصل

وان قال له في ميراث

ابي او من ميراث ابي فهو دين علي التركه ولو قال له في ميراثي من ابي
او من ميراثي من ابي فهو هبه من ماله والغزالي رحمه الله يقول
فهو وعد بهبه الا ان يقول اردت الاقرار وان له في ميراث ابي والفرق
انه ثم لم يضف الي نفسه فاقتضي الاقرار وجوبها في التركه حق كان
علي ابيه وهنا اضاف الميراث الي نفسه ثم جعل له منه جزا فيظهر
انه اراد الهبه والهبه لا تلزم الا بالقبض وان قال له في هذه الدار
نصفها او من هذه الدار نصفها لزمه وان قال له في داري او من
داري نصفها فهو هبه لما بيناه وان قال له في مالي الف درهم لزمه
وان قال له من مالي فهو هبه علي المنصوص والفرق ان حرف في للظرفيه
فقد اقر له بالف وجعل ماله ظرفا له وذلك محتمل بان يكون قد اختلط به
واما حرف من فهي للتبعيض فمعناه بعض مالي له ولا يحتمل ذلك الا الهبه
وقيل هنا غلط في النقل ولا فرق بين ان يقول في مالي وبين ان يقول
من مالي في ان الجميع هبه كما في مسله الميراث والدار ولا فرق
اصلا وهو الصحيح ومنهم من تاول النص علي ما اذا تقدمت كلمه علي
بان قال له علي الف في مالي الف فعند ذلك يلزمه الالف لان علي للالتزام
وقيل في المسايل الثلث قولان لان احدهما يلزمه لان قوله يقتضي الملك
والهبه قبل القبض لا تكون ملكا والثاني لا يلزمه لوجود الاضافه الي
نفسه واصل المسله ما اذا وصل الاقرار بما يرفعه وقال ابو
علي السنجي طرد الخلاف في مسله الدار خطا لانه لو قال داري له لم يكن
اقرارا فذكر الجز مثله نعم لو قال له من داري الف فيطرد فيه هذا الخلاف
قال وان قال له عندي تمر في جراب او سيف في غمد او فص في
خاتم لم يلزمه الظرف لان الاقرار يتناول المظروف دون الظرف وان قال
له عندي عبد عليه عمامه لزمه العبد والعمامه وان قال له عندي

دابه عليها سرج لم يلزمه السرج والفرق ان العبد له يد علي ثوبه
وما في يد العبد لمولاه والفرس لا يد له علي السرج وقال امام
الحرمين رحمه الله لا يكون مقرا بالعمامه ٥ قال وان ادعي رجلان
ملكا في يد رجل بينهما نصفين فاقر لاحدهما بنصفه وجحد الاخر
فان كانا قد عزيا الي جهه واحده من ارث او ابتياع وذكرا انهما
لم يقبضا اي لا في البيع ولا في الارث وجب علي المقر له ان يدفع نصف
ما اخذ الي شريكه لانهما اضافا الدعوي الي سبب واحد فوجب اشتراكهما
في كل جز منها ولهذا لو كان طعاما فهلك بعضه كان الهالك منهما
وكان الباقي بينهما فوجب ان يكون المقر به بينهما والذي ذكره ايضا
بينهما واختار القاضي ابو الطيب ان في مسله البيع لا يشاركه فيه
ولم يذكر الشيخ ابو حامد غيره لان البيع من اثنين بمنزله البيع في
صفقتين وحكي الغزالي الوجهين جميعا ٥ قال وان لم يعزيا
الي جهه واحده او اقرا بالقبض لم يلزمه ان يدفع اليه شيا اما اذا لم يعزيا
الي جهه واحده بان اضافا الدعوي الي سببين مختلفين او اطلقا الدعوي
او اضاف احدهما الي سبب واطلق الاخر دعواه فلان دعوي المقر
له لا تقتضي ان الثاني يشاركه فيما اقر له به واما اذا اقرا بالقبض
بان قالا ورثناها من ابينا وقبضناها ثم غصبنا عليها فالذي نقله الشيخ
ابو حامد انه اذا اقر لاحدهما بنصفه لا يشاركه فيه الاخر بعد القبض
لانه يحتمل ان يكون قد اشتري نصيب احدهما واستولي علي الجمله
واما ابن الصباغ والغزالي فانهما لم يشترطا قبضها في مشاركه احدهما
للاخر فيما اقر له به وكذا في المهذب وصاحب التتمه حكي فيما اذا كانا
قبضا وجهين قال الشيخ الامام شارح الكتاب رحمه الله
اشتراط عدم القبض يليق بمسله البيع من حيث ان بيع ما لم يقبض لا

لا يصح فلا يتاتى الاحتمال المذكور واما الا يلحق مسله بلا ارث لان
بيع الموروث قبل القبض يصح فيتاتى الاحتمال المذكور وشرط
في الحاوي في عدم المشاركه مع القبض القسمه وعلل بان
عند اجتماع الامرين لا يتعلق ملك احدهما بالاخر بدليل ما لو غصبت
حصه احدهما بعد القبض والقسمه فانه لا يشاركه الاخر في
حصته ٥ قال وان اقر رجل فقال هذه الدار لزيد لا بل
لعمرو او غصبتها من زيد لا بل من عمرو لزمه الاقرار للاول وهل
يغرم للثاني فيه قولان اصحهما انه يغرم لانه احال بينه وبين
ماله فاشبه شاهدي العتق اذا رجعا بعد الحكم بشهادتهما
والثاني لا يغرم لانه اقر لهما واما الشرح فمعه وقيل ان سلمها الحاكم
باقراره ففيه قولان لما تقدم وان سلمها المقر بنفسه لزمه الغرم
قولا واحدا لانه ضمنها بالتسليم والصحيح انه لا فرق بين المسلمين
لان الحاكم انما سلمها باقراره وقيل في مسله الاقرار بالملك لا يغرم
قولا واحدا وفي مسله الغصب قولان والفرق انه ثم لم يقر
بالجنايه فلا يغرم بخلاف مسله الغصب وليس بشي ٥ قال وان
باع شيا وقبض الثمن ثم اقر بان المبيع لغيره فقد قيل يلزمه الغرم
قولا واحدا لانه اخذ عوضها وقيل على قولين كما تقدم واخذ
العوض لا اثر له الا ترى انه لو باع الوديعه ضمن ولو وهبها ضمن
واخذ العوض في احد الموضعين دون الاخر ٥ قال وان قال
غصبت من احدهما اخذ بتعيينه فان قال لا اعرفه وصدقاه انتزع
من يده وكانا خصمين فيه اذ لا مزيه لاحدهما على الاخر وان
كذباه او احدهما فالقول قوله مع يمينه لانه اعرف بحاله ويلزمه
ان يحلف لكل واحد منهما اذا كذباه فان نكل وحلف المدعي

فيصير كانه اقر له وان قال هو لفلان سلمته اليه ولا يغرم للاخر
شيا لانه لم يقر له بشي نعم للاخر ان يدعيه عليه والحكم فيه
كالحكم في رجلين ادعيا نكاح امراه وان قال احلفوه انه لا يعلم
انه لي فهل يحلف فيه قولان ٥ قال وان قال غصبت هذه الدار
من زيد وملكها لعمرو لزمه ان يسلم الى زيد لان قوله غصبتها
من زيد يقتضي انها كانت في يده بحق ولا يلزمه لعمرو شي لان قوله
وملكها لعمرو لا ينافي ما سبق منه لجواز ان يكون في يده بالاجاره
من عمرو ولم يوجد منه تفريط فلا يضمن وقيل انه على قولين
وان قال هذه الدار ملكها لزيد وقد غصبتها من عمرو فقد قيل
هي كالتي قبلها اي تسلم للذي اعترف انه غصبها منه وهو عمرو ولا
يغرم لزيد شيا ولا فرق بين التقديم والتاخير اذ هما غير متنافيين
كما سبق وهذا هو الاصح وقيل تسلم الى الاول وهل يغرم للثاني وهو
عمرو فيه قولان لانه اقر بالملك لزيد فلا يقبل منه الاقرار بعده
باليد لعمرو

فصل

ومن اقر بنسب صغير
مجهول النسب ثبت نسبه اعلم ان لصحه الاقرار ببنوه الصغير
او المجنون ثلثه شرايط احدها ان يكون مجهول النسب
الثاني ان يمكن ان يكون من مايه الثالث الا ينازعه غيره حالة
الدعوى فاذا اجتمعت هذه الشرايط صح الاقرار وثبت النسب ولا
فرق بين المسلم والذمي والعدل والفاسق فلو بلغ الصبي او افاق
المجنون وانكر النسب لم يلتفت اليه على الصحيح كما في دعوى
الحريه والاصل في ذلك قصه وليده زمعه قال وان كان ميتا
اي الصغير او المجنون ورثه ولا التفات الى تهمه الميراث بدليل انه
لو كان حيا ثبت نسبه مع تهمه التصرف في ماله ووجوب النفقه

له عليه اذا كان معسرا قال وان اقر بنسب كبير لم يثبت نسبه
حتى يصدقه وهذا شرط رابع يعتبر في الكبير لانه يمكن تصديقه فاعتبر
بخلاف الصغير والمجنون وان كان ميتا لم يثبت نسبه لفوات شرطه
وهو التصديق واعلم ان الاصحاب حكوا فيما اذا كان ميتا قولين احدهما
يثبت نسبه ويرثه وهو الصحيح لان تصديقه تعذر بموته فسقط
اعتباره كما في الصغير والمجنون قال وان اقر من عليه ولا
باخ او اب لم يقبل لما فيه من الاضرار بالمولى وقيل فيه قول اخر انه يقبل
كالحر اذا كان له عم فاقر باخ قال وان اقر بنسب ابن فقد قيل يقبل
وهو المنصوص في كتاب اللقيط وقيل لا يقبل كالاقرار بالاخ والفرق على
النص من وجهين احدهما ان به حاجة الى استلحاق الابن لانه لا
يتصور ثبوت نسبه من جهة غيره ولا كذلك الاخ فانه يتصور ثبوت
نسبه من جهة ابيه وورثة ابيه الثاني ان ثبوت نسب الولد مقتضى
الحاق الولد من مائه والعبد فيه كالحر واما الاقرار بنسب الاخ فمقتضى
خلافة الوراثة والعبد ليس من اهل الوراثة فافترقا قال وان
اقر الورثة بنسب فان كان المقر به يحجبهم ثبت النسب لقصة زمعة
دون الارث وقيل يثبت الارث قضية لثبوت النسب واختاره ابن الصباغ
وليس بشي لان توريثه يودي الى ابطال النسب والارث جميعا لانه يكون
الاقرار بالنسب متحققا من غير وارث وحكى الخراسانيون وجها اخر
انه لا يثبت النسب ولا الارث قال وان لم يحجبهم ثبت النسب والارث
قضية لثبوت النسب قال وان اقر بعضهم وانكر البعض لم يثبت النسب
ولا الارث لان النسب لا يتبعض وليس اقراره اولى من انكار صاحبه فلا
يثبت النسب واذا لم يثبت النسب لم يثبت الارث لانه فرع النسب وهل
يلزم المقر فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان صادقا ان يدفع اليه ما يخصه

مما في يده فيه وجهان اصحهما انه يلزمه فعلى هذا لو كان المشترك
ابنين فاقر احدهما بثالث وانكر الاخر فما الذي يدفع اليه فيه ثلثة اوجه
احدها نصف ما في يده لانه مثله في النسب والثاني ثلث ما في يده
لان التركة بينهم اثلاثا والثالث انه يدفع اليه ما اخذه ويضمن له
سدس ما في يد اخيه لان يده ثبتت على جميع التركة وقد سلم النصف
الى يد الاخ المنكر فضمن حتى لو ان الحاكم حكم بالقسمة واقرع بينهما
لم يضمن السدس وقال الخراسانيون لا يثبت النسب ولكن
هل يشارك المقر به المقر فيما في يده من التركة في ظاهر الحكم فيه قولان
اصحهما انه لا يشارك ولو مات المنكر وبقي المقر فهل يثبت نسب المقر به
فيه وجهان ولو كان المنكر هو الزوج او الزوجة فهل يلتفت الى
انكاره فيه وجهان احدهما لا وهو قول البصريين من اصحابنا انه لا
يلتفت الى انكاره قال وان اقر الورثة بزوجية امراة للموروث
ثبت لها الميراث لان الحق لهم فقبل اقرارهم فيه وان اقر بعضهم
وانكر البعض فقد قيل تثبت لها الارث بحصته لان المقر به ليس هو
الزوجية لانها زالت بالموت بل المقر به حقها من الارث فيطالب
المقر منهم بما اقر به فعلى هذا يكون يشاركه على الاوجه الثلاثة
قال الغزالي رحمه الله وهذا ضعيف لان الدين مقدم على
الميراث وهنا فرع مقدم على حقه فيلزمه حكم اقراره كما لو اقر على
غيره بجناية الخطا وقيل لا يثبت كما في نظيره من النسب قال
وان اقر الورثة بدين على مورثهم لزمهم قضاوه من التركة لما تقدم
انه وان اقر بعضهم وانكر البعض ففيه قولان احدهما يلزم المقر
جميعه في حصته لان المقر يقول اخي ظالم بجحوده وغاصب لما اخذه
من التركة ولو غصب بعض التركة يتعلق بجميع الدين بالباقي كذلك

ما هنا والثاني لم يرمه بقسطه فهو الاصح لانا اذا لم نقبل اقراره في
حق اخته لم يلزمه اكثر من حصته ثم لو قال علي وعلى اخي الف
قال ... ان كان لرجل امه فاقر بولدها ولم يبين باي سبب وطيها
صارت الامه ام ولد لان الظاهر من حال المملوكه ان السيد استولدها
في ملكه يحمل الاقرار عليه وقيل لا تصير ام ولد لجواز ان يكون من نكاح
فلا تصير ام ولد والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

تم كتاب شرح التنبيه

والحمد لله اولا واخرا وظاهرا وباطنا حمدا كثيرا طيبا مباركا
وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه الطيبين الطاهرين وسلم تسليما كثيرا
كتبه العبد الفقير المعترف بالتقصير المقر بذنبه
الراجي من ربه غفران ذنبه محمد بن عبد الله
غفر الله له ولوالديه ولصاحبه ولمن نظر فيه ولجميع المسلمين

اذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لاحدهما ...
بها او لم يكن بيده فما اختص احدهما باليد عليه حسا ...
حكم والمواشي فيه قوله ... وما كان في يديهما حسا او حكما
المسمى الذي يستحقه ... تحالفا حلف للاخر ... حلفا جعل
بينهما وان حلف احدهما دون الاخر قضي للحالف وسوا
اختلفا مع دوام النكاح ام بعد الفراق وسوا اختلفا هم
او ورثتهما او احدهما ووارث الاخر وسوا ما يصلح للزوج
كالسيف والمنطقة او للزوجة كالحلي والغزل ...
انشد ابو الغيث بن عباد التيسواني الفقيه الشافعي
لمن حاز التنبيه لابي اسحق الشيرازي ولم يرد ...
سقيا لمن صنف التنبيه مختصرا الفاظه الغر واستقصى معانيه
ان الامام ابا اسحق صنفه لله والدين لا للكبر والتيه
راى علوما عن الافهام شاردة فحازها ابن علي كلها فيه
لا زلت للشيخ ابراهيم منتصرا تزود عند اعادية و...
قال الحسين الطبري الامام النبيه سمعته ... من ...
الكعبة من اراد ان ينبغ في الدين فعليه بالتنبيه
وقيل عنه انه لم يترك مسلة في المهذب الا
بعد ان صلى ركعتين واستخار الله فنجا ... على الخارج
في الصحاح رضي الله عنه وسبحانه ...

مسئله

المحرم الذي يضطر الى ... وغيره اما غير المشرك ...
ما لم يرتد ... معصوم يجوز للمضطر ... والمرتد ... قطعا
وكذلك الزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاه على الاصح ... ولو كان له
قصاص على غيره ووجده في حال اضطراره فله قتله قصاصا واكله
وان لم يحضره السلطان واما ... وصبيان اهل الحرب ...
المهذب انه لا يجوز ... لا يجوز ... الامام والغزالي لانهم
ليسوا معصومين ومنع الشيخ ... واختار ... الاذرعي
ضعيف ... الاصح قول الامام والله اعلم ... والمعاهد والمستامن
معصومون يحرم ... ولا يجوز للوالد ... ولده ... الاكل ولا للسيد قتل
عبده ولو لم يجد الا ادميا معصوما ميتا فالصحيح حل اكله ...
الشيخ ابراهيم المروزي الا ان يكون ادميا ... قطعا ... الحاوي
وان يكون الا كافرا ... الاماثل ... جعلها ... قال
وليس له طبخه ولا شيه ... فيما ... وسرع ...
ويحرم قتله ... ولا يجوز ... علته ... بلا خلاف ...
الماضي فان للمضطر الطهارة ... ولو كان ... دميا
والميت مسلما ... صاحب المهذب ...
... الناس ... والله اعلم ... مسئله لو ... حجر معه
عنها وهل ... من احدهما ... على ارسال الصيد ... الا ان
... عن ... بسبب الملك الصيد ...
الخلاف في زوال الملك ... اباحة للطاعم ... لا ... العراق
الظاهر كامنه في الاباحة ... الامام ... الصلاحين
التقاط السنابل ... النووي الاصح ... والسنابل
ونحوهما ... وغيره وهذا ظاهر احوال السلف
ولم ... انهم منعوا احدا ... ما ...

القضاء والامامة فرض كفاية بالاجماع فان قام به من يصلح سقط الفرض
عن الباقين وان امتنع الجميع اثموا واجبر الامام احدهم على القضاء فرع لا
يصلح للقضاء الا من توليته ويحرم عليه التولي والطلب واما من يصلح فله حالان
احدهما ان يتعين للقضاء فيجب عليه القبول ويلزمه ان يطلبه ويشهر
نفسه عند الامام ان كان جاهلا به ولا يعذر بان يخاف ميل نفسه
وخيانتها بل يلزمه ان يقبل ويحترز فان امتنع عصى وهل يجبر
الصحيح نعم فان قيل امتناعه من هذا الواجب المتعين لتعلق المصالح
العامة به ينبغي ان يكون كبيرة فيفسق به ويخرج عن الاهلية فكيف يولى
وحق الجواب انه يؤمر بالتوبة اولا فاذا تاب ولي
قلت وينبغي ان يقال لا يفسق لانه لا يمتنع غالبا الا متأولا وهو الذي
يخاف ان يكون عاصيا قطعا وان كان مخطئا والله اعلم الحال الثاني ان يكون
هناك غيره ممن يصلح للقضاء فهو اما ان يكون اصلح واولى منه او مثله
او دونه فان كان اصلح منه فهل يصح تولية المفضول ينبني على الامامة العظمى
مع وجود الفاضل وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء والاصح الانعقاد
لان الزيادة خارجة عن شروط الامامة وفي القضاء خلاف مرتب واولى
بالانعقاد فان لم نجوز للمفضول القضاء حرم توليته ويحرم عليه الطلب
والقبول وان جوزناه جاز القبول واما الطلب فمكروه وقيل حرام وان
كان الاصلح لا يتولى فهو كالمعدوم واما اذا كان هناك مثله فله
القبول ولا يلزمه على الاصح فربما قام به غيره واما الطلب فان كان
خاملا لا يعرف ولو ولي لاشتهر واستفاد الناس بعلمه فان لم يكن له كفاية
ولو ولي حصلت كفايته من بيت المال فالاولى ان يستحب وهل يجب
ولا يكره وان كان له كفاية فالصحيح ان الطلب مكروه وقيل الاولى ان لا يطلب وعلى
هذا الطلب والحاصل بذلك يكره القبول اولى بالا طلب
مع احتمال اشتغال [illegible] وان كان هناك من هو دونه فان لم يجوز توليته
فهو كما لو لم يكن وان جوزنا فلا يستحب له القبول وفي المعروف
الوجهان ويستحب له الطلب اذا وثق بنفسه وهذا حيث لم يشتهر

الطلب والتولي اجتنابا لما فيه من الخطر وعليه [illegible]
واما غير الخامل فمكروه فرع هذا التفصيل الذي ذكرناه فيما اذا لم يكن
هناك قاض متولي فان كان بطلب عزله فهو حرام ولو كان دونه
وان كان مستحقا والطالب يروم عزله فالطلب حرام والطالب مجروح
ذكره الماوردي قلت وسواء كان فاضلا او مفضولا اذا صححنا
ولاية المفضول والله اعلم فرع [illegible] هو جائز
الطلب بلا [illegible] ويحرم ان يبذل مالا ليولى
مردود [illegible] اذا
من يستحب له [illegible] بالاخذ
تعين [illegible] المعروف [illegible] له
بذل المال ليولى ويحرم [illegible] وان لم يكن بصفة القضاء
بالاخذ واما بذل المال للعزل [illegible] على الاخذ وان كان
فيستحب [illegible] منه [illegible] فاسد
تعصيتهم حرام فان فعل وعزل الاول وولي الباذل [illegible]
باطلة والمعزول على قضائه لان العزل بالرشوة حرام وتولية
المرتشي حرام [illegible] فاما
عند [illegible] والتوبة
[illegible]
مسئلة
جميع [illegible] من الروضة
صاحب التنبيه وصاحب المهذب [illegible]
[illegible] السفر
[illegible] سقط عنه الفرض
في السفر بالتيمم سقط الاعادة [illegible] فلا يسقط عنه
بالتيمم فلا فائدة في الاعادة بالتيمم وانما [illegible] بالصلاة بالتيمم
او نقض [illegible] والسود الموجود ابعد خروج الوقت
ولكن يصلي [illegible] ولا حرمة [illegible] وصلاة لا تسقط

ملك [illegible] عفا الله عنه [illegible]

224

ين المسلمين ذكر ... انه لو كاتبه او راسله ففي بره والاصح

ت ... هل ... بالمكاتبة او المراسلة ان يقع الاسم ... ان

تعذر الكلام لغيبة احدهما عن الاخر ولذلك والا فوجهان بناء على

القولين الجديد والقديم حيث لو حلف لا يهاجره فهجره بالمكاتبة

والمراسلة ... هذا الخلاف واطلق ... ابي هريرة انه يرتفع الاسم

بالكتابة والمراسلة ... لا يخفى ان المكاتبة انما توقع ... اذا حلف

عن ... والا فهو ... او كلمه بالشتم والايذاء

فانه ... المهاجرة بل هو زيادة وحشة وتاكيد المهاجرة

ولا ... غيره المكاتبة ... لمهاجرة

فوق ثلاثة ايام هو فيما اذا كانت الهجرة لحظوظ النفوس

وتعنتات اهل الدنيا فاما اذا كان المهجور مبتدعا او متجاهرا

بالظلم والفسق فلا تحرم مهاجرته ابدا وكذا اذا كان في المهاجرة

مصلحة دينية فلا تحرم وعلى هذا يحمل ما جرى للسلف من هذا

النوع والاصح انه لا يزول التحريم بالمكاتبة والمراسلة قال

... البيان وينبغي ان يكون الاشارة والرمز كالمكاتبة كما

ما قلنا في الحنث .. فرع اذا حلف لا رايت منكرا الا رفعته

الى القاضي لا يشترط في الرفع ان يذهب اليه مع صاحب المنكر بل يكفي ان يحضر

... عند القاضي ويخبره او يكتب اليه بذلك او يرسل رسولا يخبره

اذا حلف لا يشم الريحان حنث بالضيمران ولا يحنث بالورد والياسمين

والبنفسج والنرجس هذا اذا ذكر الريحان معرفا اما اذا انكره فيحنث

بكلها لو حلف ليخرجن من الدار فعل بين بصعود

السطح وجهان اصحهما نعم لانه يصح ان يقال ليس هو في الدار

حلف لا ياكل لحم بقر حنث بالجاموس والبقر الاهلي والوحشي ولو حلف

لا يركب الحمار فركب حمارا وحشيا فوجهان اصحهما الحنث

... تم